

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE
SUR LA BIGAMIE

ET SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC LE DROIT CIVIL

« La Société domestique commença par la
monogamie et l'indissolubilité du lien con-
jugal. »

DE BONALD

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 9 mars 1917 à 14 heures

PAR

Paul MASSON

Attaché au Ministère de la Justice

Avocat à la Cour d'Appel

Président M. WAHL, *professeur*

Suffragants { MM. GARÇON, *professeur*.
CAPITANT, *professeur*.

PARIS

JOUVE & Co, ÉDITEURS

15, Rue Racine (VI^e)

—
1917

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE
SUR LA BIGAMIE

ET SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC LE DROIT CIVIL

« La Société domestique commença par la
monogamie et l'indissolubilité du lien con-
jugal. »

DE BONALD

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 9 mars 1917 à 14 heures

PAR

Paul MASSON

Attaché au Ministère de la Justice
Avocat à la Cour d'Appel



Président M. WAHL, professeur

Suffragants { MM. GARÇON, professeur.
CAPITANT, professeur.

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, Rue Racine (VI^e)

—
1917

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE

INTRODUCTION

PREMIÈRE DIVISION

FONDEMENT MORAL ET SOCIAL DE LA PROHIBITION DE LA BIGAMIE

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — Fondement social de la prohibition.....	17
CHAPITRE II. — Les différentes formes du mariage....	19
<i>Première section.</i> — Énumération.....	19
<i>Section II.</i> — La Polyandrie.....	20
§ 1. — Son développement.....	20
APPENDICE. — Le Lévirat et le niyoga.....	22
§ 2. — Limitation de sa pratique.....	23
<i>Section III.</i> — La Polygamie et la bigamie.....	24
§ 1. — Considérations générales.....	24
§ 2. — Leur développement.....	29
A. — Chez les Mormons.....	30
B. — Chez les Musulmans.....	31
C. — Chez les Hébreux.....	34
D. — Chez les Indous.....	35
E. — Chez les Occidentaux.....	35

§ 3. — Limitation de leur pratique au sein de chacun des peuples qui s'y adonnent.....	39
APPENDICE. — Ignorance de leur pratique chez certains peuples primitifs.....	40
§ 4. — Persistance du caractère de quasi-universalité de leur pratique dans l'ensemble des peuples.....	44
CHAPITRE III. — Raisons de la supériorité de la monogamie sur les autres formes du mariage.....	47
§ 1. — Équilibre entre le nombre des naissances de garçons et celui des naissances de filles....	47
§ 2. — Réalisation du maximum d'énergie chez l'homme dans le couple androgénique.....	48
§ 3. — Triomphe des peuples monogames dans leurs luttes avec les peuples polygames.....	49
§ 4. — Fondement moral de la prohibition de la bigamie dans notre pays.....	50

DEUXIÈME DIVISION

MESURES PRISES PAR LE LÉGISLATEUR POUR EMPÊCHER LA BIGAMIE : LA LOI DU 17 AOUT 1897

CHAPITRE PREMIER. — Examen de la loi.....	51
<i>Première section.</i> — Exposé de ses dispositions. — Son application en France.....	51
<i>Section II.</i> — Son application dans nos colonies : ordonnance de juin 1776. — Différents cas en présence. — Restrictions apportées au domaine d'application de la loi: décret du 28 janvier 1877, du 18 octobre 1891, du 27 janvier 1883 et du 29 janvier 1890.....	59
<i>Section III.</i> — Son application à l'étranger.....	62
§ 1. — Mariages entre Français	62

1 ^o L'Acte de naissance ou l'acte de mariage, ou bien ces deux actes ont été dressés par notre représentant à l'étranger.....	62
2 ^o L'Acte de naissance ou l'acte de mariage, ou bien ces deux actes ont été dressés par les autorités locales.....	63
§ 2. — Mariages entre Français et étrangers.....	64
1 ^o Le Mariage a été célébré par notre officier de l'état civil.....	64
2 ^o Le Mariage a été célébré par notre représentant à l'étranger.....	65
§ 3. — Mariages entre étrangers en France.....	66
§ 4. — Échange international des actes de l'état civil.....	67
Appendice : cas du Français né aux colonies et marié à l'étranger ou <i>vice versa</i>	70
Section IV. — Observations complémentaires.....	70
CHAPITRE II. — Critique de la loi.....	73
a) Renseignements statistiques.....	73
b) Inapplication de l'article 50 du Code civil....	75
c) Défectuosités dans la transmission des avis de mariage.....	75
d) Acte de notoriété remplaçant l'acte de naissance.....	79
e) Cas où la loi encourage la bigamie et empêche les mariages.....	80
Conclusion.....	82
APPENDICE.....	83
Situation de la bigamie dans l'ensemble du droit.	83

PREMIÈRE PARTIE

RÉPRESSION PÉNALE DE LA BIGAMIE

CHAPITRE PREMIER. — Historique.....	85
§ 1. — En Grèce.....	85

§ 2. — A Rome.....	86
§ 3. — Dans l'ancienne France.....	90
1° Période barbare.....	90
2° Influence de l'Église.....	92
3° Du xvi ^e siècle à la Révolution.....	95
§ 4. — Droit intermédiaire et Code pénal de 1810.....	97
CHAPITRE II. — Étude spéciale du crime de bigamie..	100
§ 1. — Question préjudicielle.....	100
1° Importance de la question.....	100
2° Quand y a-t-il lieu à question préjudicielle?..	107
§ 2. — Rôle du second mariage dans la formation de l'infraction.....	117
1° Cas où ce mariage bien que nul laisse subsister l'infraction.....	117
2° Importance de ce mariage, valable en soi, dans l'exécution du crime : tentative non punissable. Tentative punissable. Crime con- sommé. Bigamie, délit instantané.....	120
§ 3. — Intention coupable.....	125
1° En quoi consiste-t-elle?.....	125
2° Multiplication des faits de bigamie, au moment de la mobilisation, par suite de la dispense des pièces régulières : circulaire du Parquet de la Seine du 5 août 1914 ; critique.....	127
§ 4. — Complicité : alinéa 2 de l'article 340 du Code pénal. Discussion sur l'interprétation de ce texte.....	136
CHAPITRE III. — Poursuites contre la bigamie.....	141
<i>Première section. — Les Différentes actions aux- quelles donne lieu le crime de bigamie.....</i>	141
§ 1. — L'Action publique. Prescription.....	141
§ 2. — L'Action civile en dommages-intérêts et l'action en nullité du second mariage : leurs différences.....	147

<i>Section II. — Jugement de l'exception préjudi-</i>	
<i>cielle.....</i>	148
<i>a) Compétence exclusive des tribunaux civils...</i>	148
<i>b) Compétence exclusive des juges criminels....</i>	151
<i>c) Compétence du tribunal civil pour la nullité</i>	
<i>du premier mariage et du juge criminel pour</i>	
<i>la nullité du second.....</i>	154
<i>d) Règles relatives à la question préjudicielle</i>	
<i>née du chef de la nullité du premier mariage..</i>	157
<i>Section III. — Juridictions compétentes.....</i>	165
§ 1. — Cour d'Assises et tribunal civil.....	165
1° Rôle respectif de la Cour d'Assises et du	
tribunal civil dans les différentes questions sou-	
levées par le crime.....	165
2° Décision de la Cour d'Assises ; examen de	
l'arrêt de condamnation.....	168
§ 2. — Conseils de Guerre.....	173
1° Controverse sous l'empire de la loi du 9 août	
1849.....	173
2° Incompétence depuis la loi du 27 avril 1916...	181
CHAPITRE IV. — La Bigamie et le droit international	
privé.....	185
§ 1. — Cas du Français résidant à l'étranger et de	
l'étranger résidant en France.....	185
§ 2. — Influence du changement de nationalité....	188
1° Le Mariage lorsqu'il s'agit d'une femme.....	188
2° La Naturalisation : inefficacité des naturalisa-	
tions frauduleuses.....	190
§ 3. — Inefficacité des divorces frauduleux avant	
et depuis la loi du 27 juillet 1884.....	192
CHAPITRE V. — La Bigamie en droit comparé.....	196
Allemagne.....	196
Angleterre.....	197
Canada.....	198
Indes anglaises.....	198

Soudan.....	200
États-Unis (projet).....	200
Autriche.....	201
Hongrie.....	201
Bulgarie.....	202
Belgique.....	203
Pays-Bas.....	203
Danemark.....	203
Espagne.....	204
Portugal.....	205
Italie.....	205
Russie.....	206
Finlande.....	206
Suède.....	207
Norvège.....	208
Cantons suisses. — Projet d'un Code pénal fédéral suisse.....	208
Argentine.....	214
Uruguay.....	214
Chili.....	214
Pérou.....	214
Japon.....	214
Siam.....	215
CONCLUSION.....	216

SECONDE PARTIE

RAPPORTS DE LA BIGAMIE AVEC LE DROIT CIVIL

CHAPITRE PREMIER. — Cas de bigamie non punissables.	221
§ 1. — Remariage de bonne foi à la suite d'un divorce non définitif.....	221
§ 2. — Remariage du conjoint de l'absent.....	224
1 ^o Droit commun (art. 139 du Code civil).....	224

a) Ledit mariage est inattaquable en principe...	224
b) Cas où le mariage peut être annulé.....	227
α) Annulation du mariage pendant l'absence par le fondé de pouvoir de l'absent (art. 139 <i>in fine</i>).	227
β) Annulation du mariage en cas de mort de l'absent.....	234
γ) Annulation du mariage en cas de retour de l'absent, lorsque celui-ci n'agit pas.....	235
2° Remariage de la femme du mobilisé et qui s'est crue veuve.....	242
CHAPITRE II. — Annulation du second mariage.....	248
Quelles personnes peuvent la demander?.....	248
1° Les Époux.....	248
2° Les Intéressés.....	250
a) Les Ascendants.....	250
b) Le Conseil de famille.....	252
c) Les Collatéraux.....	252
d) Les Enfants issus d'un autre mariage.....	254
e) Les Créanciers.....	257
3° Le Ministère public. — Difficulté d'interprétation soulevée par la rédaction de l'article 190 du Code civil.....	260
CHAPITRE III. — Effets civils de la Bigamie.....	265
INTRODUCTION. — Aperçu sur la théorie du mariage putatif.....	265
Première section. — Effets à l'égard des époux.....	269
§ 1 ^{er} . — Étendue variable des effets de l'annulation, suivant la bonne foi ou la mauvaise foi des époux.....	269
a) Mauvaise foi des deux époux.....	269
b) Bonne foi de l'un des époux et mauvaise foi de l'autre.....	270
c) Bonne foi des deux époux.....	271
§ 2. — L'Action en divorce pour cause d'adultère ou de sévices peut-elle se cumuler avec l'ac-	

tion en nullité du second mariage.....	272
§ 3. — Pension alimentaire et dommages-intérêts : peuvent-ils se cumuler.....	276
§ 4. — Effets de la coexistence des deux mariages avant l'annulation du second.....	281
APPENDICE. — Rectification de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux à la suite du jugement d'annulation. — Nom de la femme..	282
<i>Section II.</i> — Effets à l'égard des enfants.....	283
§ 1. — Filiation des enfants. — Légitimation des enfants naturels et adultérins (art. 331 du Code civil, modifié par la loi du 30 décembre 1915).	283
a) En cas d'annulation du second mariage.....	283
b) En cas de non-annulation.....	288
§ 2. — Preuve de la filiation, par l'acte de nais- sance, des enfants adultérins et naturels recon- nus, nés au cours de l'union bigamique.....	290
§ 3. — Situation des enfants vis-à-vis de leurs parents.....	293
APPENDICE. — Nom de l'enfant. — Rectification de l'acte de naissance.....	296
<i>Section III.</i> — Effets quant aux biens des époux....	299
§ 1. — Liquidation du régime matrimonial.....	299
1 ^o Règles générales. — Régime sans communauté, régime de séparations de biens, régime dotal.	299
2 ^o Régime de communauté légale.....	301
§ 2. — Inapplicabilité de l'article 767 du Code civil. — Droits de successions réciproques entre les époux et leurs enfants.....	309
§ 3. — Le Sort des donations.....	311
§ 4. — Relations des époux avec les tiers.....	315
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	317

ÉTUDE SUR LA BIGAMIE

ET SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC LE DROIT CIVIL

PRÉFACE

La bigamie est une question que la guerre actuelle a remise à l'ordre du jour ; elle a trouvé l'occasion de se manifester à la faveur de certains concours de circonstances qui, sans les hostilités, ne se seraient pas produits.

Nous avons à cet égard trois hypothèses à signaler. Et tout d'abord le remariage de la femme du mobilisé. Celui-ci, après un plus ou moins long temps de campagne, est tenu pour mort ; sa femme, informée officiellement de son décès, convole en de nouvelles noces à l'expiration du délai de viduité, c'est-à-dire dix mois à compter du jour de la mort de l'époux ; puis le premier mari réapparaît comme prisonnier, grand blessé revenant d'Allemagne, et la prétendue veuve se trouve surprise en état de bigamie (1).

1. Nous tenons à faire remarquer tout de suite que la femme, étant de bonne foi et aucune condamnation ne pouvant intervenir contre elle, il n'existe sur ce cas aucun arrêt de Cour d'Assises.

Mais voici une autre hypothèse qui révèle une intention coupable manifeste. Le décret de mobilisation générale avait surpris, au cours de leurs fiançailles, de très nombreux jeunes gens en état de partir sur le front. Dans le but d'obtenir une célébration quasi-immédiate de leur union, ils étaient accourus dans les parquets et les mairies. Pour faire face à cette situation vraiment exceptionnelle, le procureur de la République de la Seine, agissant dans les limites de son ressort, prescrivit aux maires, par une circulaire du 5 août 1914, de dispenser les futurs de toute publication, de tout délai et de la production des pièces régulières, exigées pour la célébration du mariage. Or, un grand nombre profita des facilités accordées pour contracter une nouvelle union avant la dissolution d'une première. Ces cas de bigamie — qui se comptent par centaines — sont d'autant plus regrettables que, comme nous l'expliquerons en temps et lieu, ils resteront pour la plupart inconnus.

Par ailleurs, la question s'était posée de savoir si, sous l'empire de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, les Conseils de Guerre étaient compétents pour juger le bigame lorsque — étant sous les drapeaux — il était arrêté par les soins de l'autorité militaire. L'attitude des Conseils de Guerre a été très hésitante en cette occasion : tantôt ils ont maintenu leur compétence dans l'affaire, tantôt ils s'en sont des-

saisis au profit de la juridiction de droit commun. Depuis la loi du 27 avril 1916, relative au fonctionnement et à la compétence des juridictions militaires (Conseils de Guerre et Conseils de Guerre maritimes), la controverse est vidée : les juges militaires ne peuvent plus prononcer aucune peine pour bigamie, lorsque le prévenu n'était pas sous les drapeaux au moment de l'exécution du crime.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la bigamie est un fait civil auquel la loi attache des conséquences pénales. Il rentre donc, dans le cadre de notre étude, d'examiner en détail le sort réservé par la loi civile au bigame et à sa famille, nous pourrions dire, en plus d'un cas, à sa double famille (1).

1. M. Paul-Auguste Brohan, dans sa thèse sur la bigamie, nous a déjà montré le chemin.

INTRODUCTION

PREMIÈRE DIVISION

FONDEMENT SOCIAL ET MORAL DE LA PROHIBITION DE LA BIGAMIE

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT SOCIAL DE LA PROHIBITION

A l'heure où sévit la plus terrible des guerres, où tant de familles françaises éprouvent des pertes douloureuses parmi les leurs, le relèvement de la natalité, dans les meilleures conditions morales, devient une nécessité pressante. Le législateur devra encourager et faciliter la création de nouveaux foyers. Que sera demain la famille ? Nous la désirons plus unie que jamais. Or, la cohésion du groupement familial a toujours dépendu de la stabilité

de l'institution qui est son origine et son fondement : du mariage. C'est précisément pour assurer la solidité du lien conjugal que le Code de 1804 a édicté plusieurs prohibitions parmi lesquelles la bigamie prend place. « Pour une République bien constituée, disait Platon, les premières lois doivent être celles qui règlent les mariages. »

Cette interdiction de contracter un second mariage avant la dissolution du premier contribue à assurer le repos des familles, et, par voie de conséquence, la sécurité de la société, qui n'est que la réunion de ces familles. Le mari bigame, en perpétrant son crime, — (la femme, en effet, commet beaucoup plus rarement ce forfait), — compromet l'unité du groupe familial : il détruit le foyer qu'il s'était engagé à faire prospérer, pour en créer un autre auquel la loi refuse, avec raison, le droit à l'existence. Ce danger social est d'autant plus à craindre aujourd'hui, que les entreprises des individus bigames ou sur le point de le devenir, le plus souvent conçues dans un but unique de lucre, se trouvent facilitées par une des conséquences directes d'une guerre sans merci : par la disproportion entre le nombre des hommes et celui des femmes, au profit de ces dernières.

En dépit de son caractère de gravité incontestable il ne faudrait pas croire que la pratique de la bigamie soit exclusivement le fait des classes pauvres et des milieux tarés de la société, ainsi que

de personnages, inventés par des littérateurs (1).

Et même, en dehors de toute préoccupation touchant l'ordre public établi, l'expérience a montré que la coutume polygame, envisagée uniquement comme institution politique, n'était pas plus favorable que l'union monogame à la perpétuation de l'espèce en assurant à la femme, une plus grande fécondité.

LES DIFFÉRENTES FORMES DU MARIAGE

Pour résoudre le problème dans toute son ampleur et pour avoir en main tous les éléments d'appréciation nécessaires, il importe de voir qu'elles ont été pour l'humanité, les différentes formes du mariage, et quelle place a tenu chacune d'elles.

PREMIÈRE SECTION

ÉNUMÉRATION

Nous prenons ici le mot « mariage » dans son acception la plus large : d'union des sexes dans l'espèce humaine. Il y a quatre manières d'envisager cette union : un seul homme avec une seule femme, c'est la « monogamie », le « mariage monogame » ou

1. Alphonse Daudet ne marie-t-il pas Jack, le héros d'un de ses romans, avec une jeune fille ayant pour père un petit russe bigame : le soi-disant Comte Nadine.

le « mariage » tout court, dans son sens ordinaire ; un seul homme avec plusieurs femmes, c'est la « polygamie » ou « polygynie » ; un seul homme avec deux femmes, c'est la « bigamie » (1) qui est une forme déterminée, restreinte de la polygamie ; plusieurs hommes avec une seule femme, c'est la « polyandrie » ; enfin, un groupe de plusieurs hommes avec un groupe de plusieurs femmes, c'est la « promiscuité » : nous ne parlerons pas de cette union qui se produit seulement dans quelques cas exceptionnels et qui répugne même aux imaginations les plus hardies.

Ce dernier cas étant éliminé, envisageons d'abord la polyandrie, celle des autres hypothèses qui semble choquer davantage notre sens moral, pour nous attacher ensuite à la polygamie et à la bigamie que nous opposerons à la monogamie, le type d'union parfaite.

SECTION II

LA POLYANDRIE

§ 1^{er}. — *Son développement*

La polyandrie est pratiquée chez certains peuples d'Amérique, d'Afrique et des îles du Pacifique.

1. Le mot vient du latin *bis* : deux fois, et du grec *γαμέιν* : se marier.

A Noukahiva, principale des îles Marquises, « En général, dit Lisiansky, deux hommes se présentent à la même femme ; si elle accepte leurs hommages, elle en désigne un comme vrai mari et l'autre comme auxiliaire (ou aide-mari) ; ce dernier est généralement pauvre, mais beau et bien fait. »

Chez les Todas, tous les frères d'une même famille, qu'ils soient nombreux ou non, vivent en cohabitation avec une ou plusieurs femmes : « S'il y a quatre ou cinq frères, dit M. Schorrt, et qu'un d'entre eux soit assez âgé pour se marier, sa femme reconnaît les autres comme maris, et elle s'unit à eux à mesure qu'ils atteignent l'âge de la virilité ; ou si la femme a une ou plusieurs sœurs plus jeunes, celles-ci, à leur tour, en devenant nubiles, sont des épouses du mari de leur sœur. Toutefois, grâce à la grande rareté des femmes dans la tribu, il arrive fréquemment qu'une seule femme ait plusieurs maris et souvent jusqu'à six. »

Chez les Reddies, suivant le Dr Schorrt, il règne une très curieuse sorte de polyandrie. « On marie souvent une femme de seize ou vingt ans à un garçon de cinq à six ans ou même moins. Après le mariage, la femme vit avec un autre homme, proche parent du côté paternel, souvent son oncle, et quelquefois même avec le père de son petit mari, la progéniture ainsi engendrée étant affiliée avec celle de ce dernier. Quand il arrive à l'âge d'homme, il trouve sa femme

vieille et peut-être hors d'état d'avoir des enfants. Lui aussi prend possession de l'épouse d'un autre petit garçon qui sera nominalelement le père de ses enfants. »

APPENDICE. — *Le « Lévirat » et le « Niyoga ».*

— Certains sociologistes ont vu dans la polyandrie, — c'est pourquoi nous en parlons ici, — l'origine et le fondement du « lévirat ». C'est une institution qui oblige le frère du mari mort sans enfant à épouser la veuve. Cette pratique est en vigueur chez les Hébreux, les Arabes, les Fidjiens (1), les Kurnais de la Nouvelle-Hollande, les Peaux-rouges (surtout les Chippehouays), au Nicaragua (2), chez les Afghans, chez les Ostiaks (3), les Kirghis (4), les Mongols nomades. Chez les Hébreux, l'enfant ainsi né de la veuve remariée et de son second mari ou « lévir » est traité, en quelque sorte, comme un enfant posthume du premier époux : il porte son nom et lui succède.

Le lévirat repose sur une idée de consanguinité : dans les veines de l'enfant à naître coulera du sang de la famille du défunt.

En Abyssinie, il existe un usage un peu différent, connu sous le nom de « niyoga » : en l'absence d'en-

1. Population des îles Viti ou Fidji, situées en Océanie, entre les Nouvelles-Hébrides, à l'ouest, et les îles Tonga, à l'est.

2. République de l'Amérique centrale.

3. Peuple de la Sibérie occidentale.

4. Nomades de l'Asie.

fant, la femme épouse le frère de son « mari », lorsque celui-ci, encore vivant, a été victime d'une mutilation dans un combat.

Au point de vue de notre sujet, il en résulte que, si le lévir était déjà marié, il se trouve avoir légitimement deux femmes. Quant au niyoga, c'est l'inverse : il donne à la femme, accidentellement mais légalement aussi, deux maris.

§ 2. *Limitation de sa pratique.* — Un trait important à marquer parce que nous retrouverons la même caractéristique pour la polygynie et la bigamie. C'est que la polyandrie, chez les nations qui s'y adonnent, est presque partout limitée à une très petite partie de la population. Et, dans les régions de l'Inde et de l'Asie centrale où cette union est admise, elle n'est nullement la forme exclusive du mariage.

Chez les Todas, on rencontre tous les degrés de complication dans la vie conjugale parfaitement légitime, depuis l'homme vivant avec une seule femme jusqu'au groupe familial de parents mariés à un groupe de femmes (D^r Davy).

Dans la vallée de Kotegarh, selon le D^r Stulpnagel, la coutume de la polyandrie n'est pas universelle, on peut à peine dire qu'elle soit très répandue. « Bien qu'assez commune de nos jours dans le Kuanawar elle existe côte à côte avec la monogamie et la polygamie. Il y aura dans une maison trois frères pour

une épouse; dans la maison voisine, trois frères pour quatre épouses, tout en commun ; et, dans la suivante, il se peut qu'il y ait un homme avec trois femmes pour lui seul ; et, enfin, une autre où un homme vive avec une seule femme.

Et, de nos jours, il ne faudrait pas croire que la pratique de la polyandrie se soit complètement perdue. Un certain nombre de femmes qui entretiennent des relations suivies avec plusieurs hommes perpétuent dans notre société ce mode d'union.

SECTION III

LA POLYGAMIE ET LA BIGAMIE

§ 1. — *Considérations générales.*

La polygamie à laquelle nous arrivons maintenant est une conception du mariage bien plus fréquente que la polyandrie. Elle a été le régime général de l'antiquité. A ce moment, partout règne la force et, dans ses premiers combats avec la nature, l'homme ne peut apprécier que les éléments capables de le dompter. Or, la femme ne prend aucune part à cette lutte et elle serait considérée comme un fardeau, si elle n'était nécessaire à la perpétuation de l'espèce. Elle est sous la dépendance de l'homme.

Cet assujettissement plus ou moins complet de la

femme est une des caractéristiques des peuples polygames. Cela est vrai particulièrement de l'Orient, où la servitude domestique s'allie souvent à la servitude politique : « Supposons un moment, dit Montesquieu (1), que la liberté d'esprit et les indiscretions, les goûts et les dégoûts de nos femmes, leurs passions grandes et petites, se trouvassent transportées dans un gouvernement d'Orient, dans cette activité et cette liberté, où elles sont parmi nous, quel est le père de famille qui pourrait être un moment tranquille ? Partout des gens suspects, partout des ennemis, l'État serait ébranlé, on verrait couler des flots de sang. »

Dans l'état social primitif, une des conséquences les plus remarquables de cette domination brutale de l'homme sur tout ce qui l'entoure, êtres vivants ou choses inanimées, c'est la conquête de la femme par rapt. Chez les Boschimans de l'Afrique australe, l'homme plus fort enlève la femme du plus faible.

Les Australiens se combattent souvent à coups d'épieu pour la possession d'une femme. Chez les Indiens de l'Amérique, Mitchell raconte qu'après une bataille on voit les femmes australiennes passer spontanément dans le camp du vainqueur. A l'inverse, ces mêmes femmes se battent entre elles pour la possession d'un homme. Dans une tribu du

1. *Esprit des Lois*, liv. XVI, chap. IX.

Queensland, où régnait la polygamie, il se livrait souvent de ces batailles entre femmes.

Le poète grec, lui aussi, dans *l'Iliade*, fait valoir la même idée que la femme du vaincu, réduite en esclavage, est comprise dans le butin. Et tout d'abord le prix de la victoire, terme de la lutte entre Grecs et Troyens, dont l'œuvre en question n'est que le récit, n'est-elle pas une femme : Hélène, épouse de Ménélas enlevée par Pâris, fils de Priam, roi de Troie (1)? Prenons maintenant les uns après les autres les différents passages du poème, faisant la preuve de ce que nous avançons.

Au chant IX, Agamemnon, effrayé du succès des Troyens et des exploits d'Hector, se décide à envoyer une ambassade auprès d'Achille, et à lui promettre des présents magnifiques pour s'assurer son concours ; et il dit : « Je lui donnerai encore sept femmes de Lesbos, très bien élevées et instruites à faire de beaux ouvrages, je les choisis moi-même pour ma part dans le butin, lorsqu'il se rendit maître de Lesbos..... Si jamais les dieux nous accordent de saccager la ville de Priam, quand nous ferons le partage du butin, il aura pour lui vingt Troyennes qui ne céderont qu'à Hélène seule le prix de leur beauté ».

1. C'est précisément ce que nous dit le chant III : « Telles sont les conditions du combat : Si Pâris tue Ménélas, il aura Hélène et toutes ses richesses ; si, au contraire, Ménélas tue Pâris, les Troyens rendront Hélène avec tout ce que Pâris a enlevé avec elle.

Plus loin, dans le même chant, on lit :

« Patrocle se retire près de la charmante Iphis dont Achille lui avait fait présent, après qu'il eut pris la petite ville de Seyros où régnait le roi Eugée ».

Au chant XVIII, Achille apprend la mort de Patrocle dont les Grecs ont pu ramener le corps dans leurs retranchements ; les captives qu'Achille avait prises avec Patrocle, au sac de plusieurs villes, poussent des cris et des gémissements.

Le chant XX montre la reprise de la lutte, avec la plus grande fureur, entre les Troyens et les Grecs, qui ont maintenant Achille à leur tête. Avant de combattre Enée, Achille rappelant ses exploits, lui dit : « Je saccageai Lyrnesse avec le secours de Minerve et de Jupiter et j'emmenai toutes les femmes captives. »

Au chant XXII, les Grecs, conduits par Achille, sont arrivés aux portes de Troie et le vieux roi Priam se désole : « Le fils de Saturne ne m'a donc laissé vivre si longtemps que pour me faire périr avec plus de cruauté, après m'avoir fait voir... mes filles traînées avec violence, les appartements de mes femmes forcés... mes belles-filles menées captives par un superbe vainqueur (1).

1. La femme n'était pas seulement le prix de la victoire contre l'ennemi de l'extérieur, elle était donnée aussi en récompense aux lauréats dans les jeux ainsi qu'en témoigne le chant XXIII. Après les funérailles de Patrocle, Achille veut clore

Et cela n'est pas pour nous surprendre que certains de ces peuples primitifs, pratiquant de telles mœurs, aient professé des idées diamétralement opposées aux nôtres. La monogamie paraît tout à fait blâmable à beaucoup d'Africains ; Livingstone rapporte que les négresses des rives du Zambèze étaient très choquées d'apprendre que dans sa patrie, l'Angleterre, un homme n'avait qu'une femme ; dans son livre sur « les Egbas d'Albokouta » (ville située entre le Dahomey et le Beniu), Burton dit que la monogamie leur semble dégoûtante et immorale ; c'est une des coutumes que les Cinghalais reprochent le plus aux Weddahs.

C'est seulement lorsque les peuples deviennent sédentaires que le sentiment de la famille s'élève et constitue la première assise d'une nouvelle société.

Tribu, famille sont deux conceptions inconciliables. La tribu est originaire de l'Asie. La famille, produit d'une civilisation plus avancée, est née en Grèce ; elle s'est fortifiée à Rome et a été sanctifiée par le christianisme.

C'est toujours en Orient que la polygamie est le plus en honneur. Le climat y fait les passions fortes, les hommes virils et les femmes nubiles de très bonne

a cérémonie funèbre par des jeux et des combats ; à celui qui remportera le premier prix, il donnera une telle captive qui travaillait à toutes sortes de beaux travaux.

heure. Le mariage y est affaire de plaisir plus que de morale. Dans certains de ces pays, le sol productif, la température élémentaire, la richesse en un mot, conduisent à la multiplicité des besoins et à leur développement : l'homme qui y trouve tout en abondance est enclin à la paresse et à la volupté : « Il y a de tels climats, dit Montesquieu, où le physique a une telle force que la morale n'y peut presque rien. Laissez un homme avec une femme, les tentatives seront des chutes, l'attaque sûre, la résistance nulle ; dans ces pays, au lieu de préceptes, il faut des verrous. » Un livre classique de la Chine regarde comme un prodige de vertu de se trouver seul dans un appartement reculé avec une femme sans lui faire violence (1).

§ 2. — *Développement de la polygamie et de la bigamie*

Ces considérations générales étant exposées, passons maintenant en revue les principaux peuples polygames, pour la plupart orientaux, en commençant par ceux qui n'apportèrent à la pluralité des femmes aucune réserve, pour en venir finalement à

1. Voici le texte de ce livre : « Trouver à l'écart un trésor dont on soit le maître, ou une belle femme seule dans un appartement reculé, entendre la voix de son ennemi qui va périr si on ne le secourt, admirable pierre de touche ! »

ceux qui entourèrent cette coutume de plus de restrictions.

A) *Chez les Mormons.* — Et tout d'abord les Mormons. Ce sont les seuls qui, originairement monogames, aient adopté la polygamie comme un progrès. Ce changement fut l'œuvre d'une loi de 1852, promulguée sous le nom de « loi céleste du mariage ». Dans cette agglomération d'individus de nationalités diverses, réunis entre eux par la pratique d'un même culte religieux, s'inspirant d'une doctrine, mélange étrange d'éléments bouddhiques, gnostiques, mahométans et chrétiens, la polygamie a régné sans que le gouvernement fédéral des États-Unis eût assez d'action pour la réprimer depuis 1847, date de leur établissement dans Utah, sur les bords du lac Salé, jusqu'en 1862. A ce moment, le Congrès rendit plusieurs décrets qui restèrent sans effet. Voici la raison de cet insuccès : les Mormons polygames, formant la majorité, composaient le jury devant lequel devaient être portées, aux termes de la loi, les accusations de polygamie ; ils ne se bornaient pas à acquitter, ils refusaient de siéger et d'entendre la cause. En 1874, un coup difficile à parer a été porté à la polygamie et par suite au mormisme lui-même : une loi édicta l'interdiction pour tout Mormon polygame de faire partie du jury. Ce décret a pu être rendu parce qu'aujourd'hui la population d'Utah n'est plus entière mormiste et

que, même parmi les Mormons, un tiers est monogame.

Enfin une loi du 22 mai 1882 (1) fut votée par le Congrès en vue de la répression de la polygamie, spécialement à l'encontre des Mormons. La bigamie reste justiciable du jury. Cette loi punit la bigamie d'une amende de 500 dollars et d'un emprisonnement de cinq ans au plus. La cohabitation avec plusieurs femmes entraîne une amende de 300 dollars ou un emprisonnement de six mois, ou bien, ces deux peines réunies. Les bigames et les polygames sont privés du droit au vote et à l'éligibilité et, en outre, sont écartés de toute fonction publique, salariée ou honorifique. Cependant, par mesure transitoire, les enfants issus de mariages bigames ou polygames selon le rite mormon et nés avant le 1^{er} janvier 1883, sont considérés comme légitimes.

Voilà un exemple remarquable de polygamie, érigée en institution nationale.

B) *Chez les Musulmans.* — Mais c'est surtout l'Orient qui nous donne les exemples les plus nets de polygamie.

Chez les musulmans, la légitimité de la bigamie a revêtu dans Le Coran l'autorité d'une loi divine et peut être considérée comme un des fondements de

1. Traduction dans *l'Annuaire de législation étrangère*, année 1883, p. 995.

la foi musulmane. Les passions de Mahomet ont été, dit-on, une des causes de l'établissement de la polygamie parmi les siens.

Le Coran, touchant la vie domestique, dit au mari ayant jusqu'à quatre femmes légitimes et autant d'esclaves qu'il en peut nourrir : « Vous ne pourrez jamais traiter également toutes vos femmes quand même vous le désireriez ardemment. Gardez-vous de suivre entièrement la pente, et d'en laisser une comme en suspens ; mais si vous êtes généreux et si vous craignez Dieu, il est indulgent et miséricordieux » (Sourate, IV, verset 128).

Comme chez tous les peuples polygames, la femme musulmane se trouve dans une situation d'infériorité (1). Son mari a le droit de la battre si elle refuse de lui obéir (2), et de la répudier s'il le juge à propos.

Cette répudiation peut se faire deux fois (3). Mais le mari qui a déjà répudié sa femme trois fois peut encore la reprendre si elle a épousé un autre mari et que celui-ci l'ait répudiée à son tour. « Il ne résultera aucun péché, dit la loi de Mahomet (4), pour aucun des deux croyant observer les limites de Dieu. »

1. Les maris ont le pas sur leurs femmes (Sourate, II, verset 228).

2. Vous reprimanderez celles dont vous auriez à craindre la désobéissance, vous les reléguerez dans des lits à part, vous les battrez, mais dès qu'elles vous obéissent, ne leur cherchez point querelle (S. IV, v. 38).

3. Sourate, II, v. 229.

4. Sourate, II, v. 230.

Le législateur a dû, comme ailleurs, se préoccuper d'assurer l'avenir des familles dans l'intérêt de la société, il n'a pas trouvé d'autres moyens que la sujétion des femmes et leur séquestration. « Dans le cas de la multiplicité des femmes, dit Montesquieu (1), plus la famille cesse d'être une, plus les lois doivent réunir à un centre ces parties séparées ; et plus ces intérêts sont divers, plus il est bon que les lois les ramènent à un intérêt.

« Cela se fait surtout par la clôture. Les femmes ne doivent pas seulement être séparées des hommes, elles doivent encore être séparées entre elles, de sorte qu'elles sont comme autant de familles particulières dans la famille. De là dérive pour les femmes toute la pratique de la morale, la pudeur, la chasteté, la retenue, le silence, la paix, la dépendance, le respect, l'amour, enfin une direction générale du sentiment à la chose du monde la meilleure par sa nature, qui est l'attachement unique à sa famille.

« Les femmes ont à remplir tant de devoirs qui leur sont propres, qu'on ne peut assez les séparer de tout ce qui pourrait leur donner d'autres idées, de tout ce que l'on traite d'amusement et de tout ce qu'on appelle les affaires.

« On trouve des mœurs plus pures dans les différents États d'Orient à proportion que la clôture des

1. *Esprit des lois*, L. XVI, ch. X.

femmes y est plus exacte. Dans les grands États il y a nécessairement de grands seigneurs. Plus ils ont de grands moyens, plus ils sont en état de tenir les femmes en exacte clôture et de les empêcher de rentrer dans la société. C'est pour cela que dans les empires du Turc, de Perse, de Mogol, de la Chine, et du Japon les mœurs des femmes sont admirables ! »

C) *Chez les Hébreux.* — Chez les Hébreux, la polygamie a existé en fait, bien que la loi elle-même suppose la monogamie. Ces deux conceptions opposées du mariage ont réagi l'une sur l'autre.

La femme semble y avoir joui de plus de considération que chez la plupart des peuples de l'Orient. Suivant la tradition biblique, elle est une portion de l'homme, une sorte d'égalité s'établit entre eux. Elle peut même arriver aux dignités politiques, devenir prophétesse. Elle est en même temps assez libre, on ne l'enferme qu'accidentellement dans un harem. « Que l'homme, dit la Genèse, abandonne son père et sa mère, qu'il s'attache à sa femme et qu'ils deviennent une même chair ». La description de la femme forte dans les prophètes, révèle une grande estime du sexe féminin.

Par contre, il a toujours été loisible à un Hébreux d'épouser quatre femmes, absolument comme la chose se pratique dans les pays musulmans d'après le Coran. Le patriarche Jacob, père de la race juive, eut lui-même quatre femmes d'après la Bible. Judas,

Booz, Saül, David eurent plusieurs femmes. Comme un vrai monarque oriental, Salomon en eut un grand nombre.

On trouve même chez les Hébreux ce qui caractérise la polygamie essentiellement : la vente de la femme, le « mohar ».

D) *Chez les Indous.* — Dans l'Inde, la polygamie est une institution qui existe depuis un temps immémorial. Mais aujourd'hui elle est surtout pratiquée par les musulmans de ces régions. Tous les princes mahométans de l'Inde, que la domination anglaise est venue successivement déposséder, entretenaient un harem (ou zénana) considérable.

E) *Chez les Occidentaux.* — A l'origine, l'Occident lui-même n'a pas échappé à la coutume polygame, bien que l'histoire du mariage y ait été couronnée par le triomphe de la monogamie (1).

Au moment de l'invasion du ^ve siècle, les mœurs étaient si dissolues et l'influence des idées chrétiennes si peu assurée que la polygamie put prendre pied dans la plupart des états créés par les Barbares. Le pape Grégoire II, dans une célèbre décrétale de 726, écrit : « Quand un homme a une épouse infirme,

1. On ne s'étonnera pas que nous nous abstenions de donner dès maintenant les solutions de la question dans notre pays. Cet historique trouve logiquement sa place en tête de la partie consacrée à la répression pénale de la bigamie.

incapable des fonctions conjugales, il peut en prendre une seconde, pourvu qu'il ait soin de la première. »

Grégoire II a eu l'honneur d'être défendu par Voltaire : « C'est la loi de n'avoir qu'une femme, dit-il, loi positive, sur laquelle parait fondé le repos des états et des familles dans toute la chrétienté, mais loi quelquefois ineste et qui peut avoir besoin d'exceptions comme tant d'autres lois. Il est des cas où l'intérêt des familles et même l'intérêt de l'État demande qu'on épouse une seconde femme du vivant de la première, quand cette dernière ne peut donner un héritier nécessaire. La loi naturelle, alors, se joint au bien public, et le but du mariage étant d'avoir des enfants, il paraît contradictoire de refuser l'unique moyen d'arriver à ce but. »

Telle fut la pensée de Luther, quand il permit au Landgrave de Hesse, dont la femme « était laide, sentait mauvais et s'enivrait souvent », d'en épouser une autre. Mais l'opinion ne ratifia pas cette condescendance, il y avait trop longtemps que la décrétale de Grégoire II n'était plus en usage, et l'exemple des princes de la première moitié du moyen âge ne pouvait convaincre personne.

Le synode de Wurtemberg, réuni par Luther également, regardait le mariage comme un contrat civil et non comme un sacrement ; il regardait aussi le divorce comme admis par la discipline de l'Eglise, sinon par l'Évangile.

Au xvii^e siècle, Cooper, chancelier du roi d'Angleterre, Charles II, épousa secrètement une seconde femme avec le consentement de la première. Il écrivit un livre en faveur de la polygamie et vécut heureux avec ses deux femmes. A la même époque, il se trouva aussi un docteur allemand, du nom de Hyserius, pour publier un gros ouvrage dans lequel il prétend que la polygamie est de droit naturel et divin.

Voltaire déclare qu'il a connu un souverain d'Allemagne qui avait épousé une femme luthérienne et à qui le pape permit de se marier avec une autre.

Enfin, en 1848, dans notre pays, une pétition fut adressée à l'Assemblée Constituante en faveur de l'établissement de la polygamie. Elle fut rapportée le 1^{er} juillet :

Le citoyen rapporteur. — Le citoyen Bart, à Paris, faubourg Montmartre, vient demander la consécration de la pluralité des femmes par le mariage (*Hilarité, murmures*).

Le citoyen Tartas. — C'est inconvenant ! On ne devrait pas s'occuper de pareilles pétitions !

Le citoyen d'Aragon. — Quand on adresse de semblables pétitions à la Chambre, on ne devrait pas en présenter le rapport.

Le citoyen président. — Le droit de pétition est un droit absolu. Toute pétition doit faire l'objet d'un rapport. L'Assemblée apprécie.

Le citoyen rapporteur. — L'Assemblée comprend que les comités ne peuvent pas se faire juges ; ils sont souvent dans la triste nécessité de faire de semblables rapports.

Un membre. — Les conclusions du comité ?

Le citoyen rapporteur. — L'ordre du jour, bien entendu (*L'ordre du jour est prononcé*) (1).

Cette tentative, en plein xix^e siècle, vouée d'avance à l'insuccès, consacre bien la faillite de la coutume polygame dans notre pays de climat tempéré et de civilisation avancée.

Ce qui explique que la polygamie n'a pu prendre racine en Europe, et en France, en particulier, c'est que la monogamie est une loi physique dans les climats froids ou tempérés. Là, les besoins physiques, très développés en Orient, sont moins exigeants. L'homme en lutte plus ou moins constante avec la nature y mène une vie plus active et plus pénible. Il est plus énergique et moins enclin aux débordements de la passion.

Au surplus, l'Église, exaltant les préceptes de morale, vint féconder ce germe de progrès et asseoir à jamais la famille sur la base inébranlable du mariage monogame.

1. *Le Moniteur* du dimanche 2 juillet 1848, p. 1542, 3^e col.

§ 3. — *Limitation de la polygamie et de la bigamie
au sein de chacun des peuples qui s'y adonnent*

Un des vices rédhibitoires de la polygamie et de la bigamie est la limitation presque constante de leur pratique à une petite portion des populations où elle règne. On retrouve ce caractère de la coutume polygame aux Indes. Les livres Indous dont les prescriptions sont toujours en très juste rapport avec les besoins et les nécessités de la population pour laquelle elles sont faites, tolèrent la pluralité des femmes parmi les personnes d'un rang élevé tels que rajahs, princes et ministres. Ils permettent aux rois d'avoir jusqu'à cinq épouses titrées, jamais davantage. Bien plus, les dieux de l'Inde n'avaient qu'une seule épouse. Dans l'archipel indien comme dans la presqu'île de l'Hindoustan, la polygamie et le concubinage n'existent que dans la classe élevée de la société. Si l'on voit des gens d'un rang inférieur vivre avec plusieurs femmes, une seule porte le titre d'épouse, les autres ne sont que des concubines.

Il n'existe qu'un seul cas où un homme puisse se remarier avec une seconde femme du vivant de la première, c'est lorsque celle-ci, après une cohabitation, est déclarée stérile, ou bien lorsqu'elle ne met au monde que des filles : dans ce dernier cas, la

grande dette « la dette des ancêtres », n'est censée acquittée qu'imparfaitement.

Et, pour contracter le nouveau mariage, le consentement de la première femme est requis, elle est considérée toujours comme la principale épouse et en conserve les prérogatives. Cette exigence de la loi fait que les maris aiment mieux renoncer à avoir des enfants que de se remarier dans ces conditions.

De même, en Turquie, la polygamie est en décadence, nos idées comme nos institutions y ont pénétré. Les choses sont aussi avancées en Égypte où des centaines de mille d'Européens introduisent notre civilisation. La Perse, elle aussi, s'est engagée dans la même voie, quoique d'un pas moins assuré.

Au Dahomey, avant la conquête française, le roi avait des milliers de femmes, les nobles des centaines, quant aux simples prolétaires ils n'en avaient jamais qu'une. Chez tous les peuples mahométans, en Asie et en Europe aussi bien qu'en Afrique, la grande majorité est monogame; et, à l'heure actuelle, les mahométans de l'Inde sont, paraît-il, monogames soit par conviction, soit par nécessité.

APPENDICE. — *Ignorance ou prohibition de la pratique de la polygamie et de la bigamie chez certains peuples primitifs.*

En s'engageant à fond dans cette voie de restriction progressive de la coutume polygame jusqu'à son exclusion complète, nous rencontrons un fait

très digne d'arrêter notre attention. Certains peuple ont été de tous temps monogames. Voici les renseignements ethnographiques que M. Westermarck (1) nous fournit à cet égard. « Chez bon nombre de peuples non civilisés, la polygamie est presque inconnue et même prohibée ». Les Wyandots (2), selon Hériot, se contentent d'une seule femme, et chez les Iroquois (Peaux-rouges), la polygamie n'était pas permise et n'est jamais devenue habituelle. On dit que chez les Kinkla et les Yurok de Californie, aucun homme n'a plus d'une femme.

Les Karoks ne permettent même pas au chef la bigamie; et qu'un homme possède autant de femmes, comme esclaves, qu'il en peut acheter, il s'attire le blâme en cohabitant avec plus d'une.

La polygamie n'existe pas non plus chez les Simas, les Cow-Maricopas et diverses tribus de la Gila et du Colorado (cours d'eau de l'Amérique du Nord méridionale), ni chez les Moquis du Nouveau-Mexique et certaines nations qui habitent l'Isthme de Tehuantepec. Et, en diverses tribus de l'Amérique du Sud, les hommes n'ont qu'une seule femme.

Les Guanches des Canaries, sauf les habitants de Lancerote (3), étaient monogames, et il en est de

1. *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, p. 413 et s.

2. Petite fraction de la grande famille des Algonquins, ancienne et puissante nation de l'Amérique du Nord.

3. La plus septentrionale des îles.

même pour la tribu Quisama à Angola (1), les Touaregs (2) et les Beni-Mزاب (3). Chez les tribus maures du Sahara occidental, Vincent ne rencontra pas un seul homme qui eût plusieurs femmes.

Nous trouvons en Asie beaucoup d'exemples de peuples strictement monogames, Les Veddahs de Ceylan sont si sévères à cet égard que l'infidélité ne paraît jamais se produire parmi eux. Aux îles Andaman (4), selon M. E.-H. Man « la bigamie, la polygamie, la polyandrie, et le divorce sont inconnus ; et les insulaires de Nicobar du moins ceux de l'île la plus au nord, Car Nicobar (5), n'ont qu'une femme et regardent l'incontinence comme un péché mortel », Chez les Koch et les vieux Kukis, la polygamie et le concubinage sont défendus, et chez les Pandams, les Mikris et les Mandakols, un homme, sans qu'il lui soit expressément défendu d'avoir plusieurs femmes est blâmé lorsqu'il en a plus d'une.

Les Badagas des collines Neilgherry (6), les Nagas

1. Possession portugaise sur la côte occidentale de l'Afrique.

2. Nomades d'origine berbère habitant le centre et le sud du Sahara.

3. Berbères habitant un groupe d'oasis du Sahara septentrional.

4. Archipel montagneux du golfe de Bengale, habité par les Mincopies, au nombre de quelques milles, peuplade négrito très intéressante mais complètement sauvage.

5. Archipel du golfe de Bengale, entre les îles Adaman au nord et la pointe septentrionale de Sumatra au sud-est, au large de la côte occidentale de la presqu'île de Malacca.

6. Tribu agricole du sud de l'Inde.

de l'Assam supérieur, les Kisans et le Meches se contentent d'une seule épouse, ainsi que les Mrus et les Tounghas qui ne croient pas honorable qu'un maître abuse de sa position même envers les esclaves du sexe féminin de sa maison.

Chez les Santals, dit M. E.-G. Man, « une femme règne dans le wigwam de son mari car il y a rarement ou jamais une seconde femme ou concubine pour partager ses affections, la polygynie, sans être précisément prohibée, n'étant pas très populaire dans la tribu ». Chez les Kauns de Birmanie et certaines tribus de l'Indo-Chine, de la péninsule Malaise et l'archipel Indien, on dit que la polygynie, est ou défendue, ou inconnue. Les Igorrotes de Luçon (1) sont si strictement monogames qu'en cas d'adultère le coupable peut être obligé à quitter pour toujours la hutte et la famille. Les Dyaks des Collines n'épousent qu'une seule femme et un chef qui enfreinait cette coutume perdit toute son influence ; l'adultère est entièrement inconnu chez eux. Les Alfuras de Minahassa étaient autrefois monogames et la polygynie occasionnelle des derniers temps, selon le Dr Hickson, était une dégénérescence des anciennes mœurs, amenée peut-être par l'influence mahométane.

1. Ile de la Malaisie, archipel des Philippines, entre le Pacifique et la mer de Chine.

A Santa-Christana ou Tauata (Iles Marquises) on dit que la monogamie est une forme exclusive du mariage. Chez les Papous de Dorey, non seulement la polygamie est défendue, mais aussi le concubinage et l'adultère. En Australie, M. Kurr a découvert quelques tribus réellement monogames. Dans la tribu Eucla « aucun des hommes n'avait plus d'une femme » ; chez les tribus Karawalla et Tunberri, habitant la Diamantine inférieure, la polygynie n'est pas permise ; et, dans la tribu Birnia, la possession de plus d'une femme est absolument défendue ou l'était avant l'arrivée des blancs.

§ 4. — *Persistance du caractère quasi-universel de la pratique de la polygamie et de la bigamie dans l'ensemble des peuples.*

Si, comme nous l'avons constaté, la polygamie présente au sein de la nation qui s'y adonne une limitation très prononcée et souvent même une tendance à la décadence, la coutume de la bigamie, en envisageant l'ensemble des peuples, n'en a pas moins gardé un caractère de quasi-universalité.

Aux environs de 1860, Herbert Spencer pouvait encore écrire ces lignes (1) : « La pluralité des femmes existe sous tous les climats, dans les régions arctiques,

1. *Principes de sociologie*, t. II, p. 278.

dans les contrées arides et brûlées par le soleil, dans les petites îles océaniques, sous les tropiques où la chaleur est étouffante. Toutes les races la pratiquent. Nous la rencontrons chez tous les peuples malayo-polynésiens, à Tahiti, dans les îles Sandwich, aux îles Tonga, dans la Nouvelle Zélande, à Madagascar, à Sumatra. Dans toute l'Amérique nous la trouvons parmi les tribus grossières du continent septentrional, depuis les Esquimaux jusqu'aux Mosquitos de l'isthme de Panama.

Elle est générale chez les peuples de l'Afrique, chez les Hottentots, les Damaras, les Cafres du sud, dans l'Afrique orientale, au Congo, chez les nègres de la Côte, les nègres de l'intérieur, les naturels du Dahomey, les Fahlas et les Abyssiniens du nord. En Asie, elle est commune aux Cingalais sédentaires, aux tribus à demi-montagnardes de l'Inde... A vrai dire, si on compte tous les peuples sauvages et civilisés, passés et présents, il paraît que les nations polygames sont de beaucoup les plus nombreuses. »

Et c'est à tort que Montesquieu a rattaché la polygamie à la seule influence du climat (1).

1. Les raisons qu'il donne de la polygynie en Orient peuvent être ramenées à trois :

En premier lieu, les femmes y sont nubiles très tôt et y vieillissent très vite. Comme la raison n'apparaît chez elles que lorsque la beauté est sur le point de disparaître, l'homme ne peut se contenter d'une seule d'entre elles. « Ainsi la loi qui ne permet qu'une femme est conforme au physique du climat de l'Europe, et non

au physique du climat de l'Asie. C'est pour cela que le mahométisme a trouvé tant de facilité à s'établir en Asie et tant de difficulté à s'établir en Europe ; que le christianisme s'est maintenu en Europe et a été détruit en Asie, et qu'enfin les Mahométans font tant de progrès à la Chine et les chrétiens si peu » (*Esprit des lois*, chap. II du livre XVI).

En second lieu, les besoins étant peu nombreux, l'homme d'Orient trouve le moyen d'entretenir plusieurs femmes, « la polygamie est moins un luxe que l'occasion d'un grand luxe chez les nations puissantes. Dans les climats chauds, on a moins de besoin ; il en coûte moins pour entretenir une femme et des enfants. On y peut donc avoir un plus grand nombre de femmes. » (*Op. cit.*, ch. III).

En troisième lieu, c'est la disproportion entre le nombre moins grand des garçons et celui des filles. « Mais, ajoute l'auteur, je ne crois pas qu'il y ait beaucoup de pays où la disproportion soit assez grande pour qu'elle exige que l'on y introduise la loi de plusieurs femmes ou la loi de plusieurs maris. Cela veut dire seulement que la pluralité des femmes ou même la pluralité des hommes s'éloigne moins dans de certains pays que dans d'autres » (*Op. cit.*, ch. IV).

CHAPITRE III

CONCLUSION

RAISONS DE LA SUPÉRIORITÉ DE LA MONOGAMIE SUR LES AUTRES CONCEPTIONS DU MARIAGE

§ 1. — *Équilibre entre le nombre des naissances de garçons et celui des naissances de filles*

De tous les développements qui précèdent, nous pouvons conclure que l'exclusion des autres formes de mariage au profit de la monogamie, dans nos pays, tient à trois raisons. Tout d'abord la nature, en faisant naître presque autant de garçons que de filles, dicte notre sentiment à cet égard. Sa disproportion entre le nombre des hommes et celui des femmes dans un même pays n'est presque jamais assez grande pour permettre aux premiers sans exception d'être polygames ou à toutes les autres d'avoir plusieurs maris. L'expérience le prouve. La pratique de la polygamie et de la polyandrie, chez les peuples qui s'adonnent à l'une ou à l'autre, présente toujours un caractère de limitation très prononcée

au profit d'un petit nombre. Malheureusement cet équilibre entre le nombre des femmes et celui des hommes est devenu aujourd'hui plus un argument théorique qu'un état de fait en faveur de la monogamie. Au début de cette introduction, nous avons tenu à faire remarquer que la guerre si sanglante qui sévit actuellement a pour effet de restreindre considérablement le nombre des hommes en âge de se marier. Cette lutte sans précédent crée, nous l'avons encore dit, une situation favorable aux entreprises des individus récemment bigames ou sur le point de le devenir.

§ 2. — *Réalisation du maximum de vigueur et d'harmonie chez l'homme dans le couple androgénique.*

En outre, c'est dans le couple androgénique, c'est-à-dire dans la réunion d'un seul homme et d'une seule femme que l'espèce humaine trouve son maximum de vigueur et d'harmonie. Des deux moitiés qui composent ce tout, l'une possède la force, la raison, l'audace, l'action que complètent les qualités opposées de l'autre, à savoir : la grâce, la tendresse, le sentiment, la passion et la retenue.

La fusion de ces deux fractions tend à former cet être complet et un dans son apparente dualité.

En conséquence, il nous est permis d'affirmer que la monogamie est d'ordre naturel.

§ 3. — *Triomphe des peuples monogames dans leurs luttes avec les peuples polygames.*

Au surplus, les peuples monogames ont mis cette vérité en action en sortant vainqueurs de leurs luttes avec les peuples polygames. Le principe de la responsabilité et de la solidarité des générations les anime et fait défaut aux autres.

Les querelles du monde asiatique et du monde occidental durent depuis Darius. Or, l'Asie a toujours été battue. Une des causes de la supériorité de l'Europe se manifeste dans la force qu'imprime le sentiment énergique de la famille. Les Grecs eurent raison de Darius et de Xerxès parce que l'honneur des familles soutenait leur courage et devait triompher de la mollesse des tribus polygames.

Le même principe encore plus actif, parce que le nom de famille y était plus vénéré, fit de Rome la maîtresse du monde. C'est à l'apogée de son histoire que l'on voit briller de tout son éclat la puissance de l'esprit de famille et toute l'influence des femmes légitimes sur ces destinées de leur race. Vient l'Empire et à sa suite la décadence des mœurs. Empire, famille, tout se dissout à la fin.

Les Romains n'avaient pas été vaincus par les

peuples polygames. La première résistance sérieuse qu'ils rencontrèrent, c'est chez les Gaulois où la monogamie était en honneur et chez les Germains où le principe fondamental des sociétés est encore mieux honoré et mieux garanti.

§ 4. — *Fondement moral de la prohibition de la bigamie dans notre pays.*

Enfin, à ces raisons d'ordre naturel et historique s'en ajoute une dernière : elle réside dans le fondement moral de la prohibition actuelle de la bigamie, œuvre tant des idées chrétiennes que d'un sens moral, ferme et affirmé, dû à une civilisation qui nous a pénétré tout entiers.

Contracter dans notre pays un second mariage avant la dissolution du premier, c'est violer la foi promise au premier conjoint, c'est commettre l'adultère et le crime de faux (ce dernier consistant à faire une déclaration mensongère à l'officier de l'état civil au moment de la célébration de la seconde union), c'est se rendre coupable de fraude à l'égard du second conjoint, d'abandon vis-à-vis du premier, leur occasionner un très grand préjudice à tous les deux, ruiner la constitution de la famille et porter atteinte à celle de la société. Nous retrouvons ainsi le fondement social de la prohibition étroitement lié au fondement moral et dont nous avons marqué l'importance tout au début de cette introduction.

DEUXIÈME DIVISION

Mesures prises par le législateur
pour empêcher la bigamie : la loi du 17 août 1897

CHAPITRE PREMIER

EXAMEN DE LA LOI

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ DE SES DISPOSITIONS. — SON APPLICATION EN FRANCE

Après avoir montré en détail les raisons de la supériorité de la monogamie, voyons ce que la loi moderne a fait pour assurer cette prééminence

Autrefois et encore aujourd'hui, chez certains peuples sauvages, l'homme devient bigame ou polygame en épousant *simultanément ou successivement* deux ou plusieurs femmes. A l'heure actuelle, dans nos pays, la bigamie ne peut résulter que de la célébration de *deux mariages monogames successifs*.

Dès lors, la question qui se pose pour le législateur en vue de rendre la bigamie impossible est celle-ci : quel obstacle insurmontable opposer à la célébration du second mariage ? Cette barrière a été dressée en France par la loi du 17 août 1897 qui prescrit de faire mention du mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des deux époux.

Cette loi, due à l'initiative de M. Michelin, député, a été élaborée après deux autres lois (1) qui, comme elle, ont eu pour but de remédier à un inconvénient grave : l'absence primitive de tout lien entre les différents actes relatifs à l'état civil d'une même personne.

Le plus souvent, par suite de la grande facilité des communications et des habitudes de la vie moderne, on ne naît, ni ne se marie, ni ne meurt au même endroit, si bien que l'acte de naissance, l'acte de mariage et l'acte de décès se trouvent dispersés dans trois communes différentes. Pour s'informer des faits que ces actes ont pour but de constater, il fallait avant cette loi connaître le nom des trois villes et s'adresser à leurs mairies respectives. Antérieurement à 1897, rien dans l'acte de naissance ne révè-

1. C'est la loi du 18 avril 1886 qui ordonne de faire mention du divorce en marge de l'acte de mariage (art. 251 nouveau du Code civil), et la loi du 6 février 1893 qui a prescrit de faire mention de la cessation de la séparation de corps en marge de l'acte de mariage et du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation (art. 311 du Code civil, al. 4 *in fine*).

lait l'union antérieure non dissoute au ministère public, chargé des poursuites en cas de perpétration du crime, à l'officier de l'état civil sur le point de célébrer le second mariage ou aux personnes munies du droit d'opposition pour cause de bigamie.

Mais, si la mairie du lieu de célébration du mariage est la même que celle où a été dressé l'acte de naissance de l'intéressé, le Code de 1804 ne se trouve plus en défaut. Dans ce cas il suffit que l'officier de l'état civil constate dans l'acte de mariage qu'il a vérifié sur les registres de la commune les actes dont la justification est exigée et dont il a donné lecture (1). Ce mode de procéder a continué à être employé et a passé dans l'usage bien que la circulaire de 1839 ait été abrogée par une circulaire postérieure du 13 mars 1841 (2). La loi nouvelle a choisi, comme moyen d'information subsidiaire du mariage, l'acte de naissance qu'elle a muni d'une mention marginale à cet effet (art. 2 de la loi, complétant l'art. 76 du Code civil relatif aux dispositions de l'acte de mariage). Cette mention doit être faite dans les trois jours par l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'intéressé (art. 1^{er} de la loi et al. 2 de l'art. 49 du Code civil). Ce délai de trois

1. Circulaire du ministère de la Justice du 30 août 1839.

2. Mersier, *Traité des actes de l'état civil*, éd. de 1892, n° 329. p. 397.

jours a pour point de départ la date de célébration du mariage ou celle de la réception, par l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'époux, de l'avis de mariage.

En effet, l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage ne possède pas — ce qui est le cas ordinaire — le registre où figure l'acte de naissance en question ; il adresse alors un avis au procureur de la République qui veillera à ce que la mention soit faite d'une façon uniforme sur les registres existant dans les archives des communes ou des greffes ou dans tous autres dépôts publics (al. 3 de l'art. 49 du C. civ.).

La mention a lieu d'office : c'est là une des grandes innovations de notre loi, qui a ainsi comblé une autre lacune grave de l'organisation des actes de l'état civil ; sous l'empire du Code de 1804, toute modification à ces actes, qu'elle fût avantageuse ou non pour l'intéressé, était laissée à son initiative personnelle. Et spécialement pour obtenir que mention fut faite en marge d'un acte de l'état civil déjà inscrit, la loi obligeait les parties à recourir à un procédé coûteux et compliqué : il leur fallait réclamer une expédition de l'acte donnant lieu à mention, soumettre cette expédition à la formalité de la légalisation et la produire ensuite avec une réquisition à la mairie qui possédait dans ses archives le registre sur lequel la mention devait être inscrite. La même

procédure devait être recommencée pour obtenir la seconde mention en marge du registre des naissances déposé au greffe du tribunal de l'arrondissement. Elle était la seule possible et l'on ne reconnaissait au ministère public le droit de requérir l'inscription de la mention que dans les cas où, d'après la jurisprudence, il a qualité pour demander la rectification des actes de l'état civil. La loi de 1897 a mis fin à ce fâcheux état de choses en posant une règle générale : toute mention en marge de l'un quelconque des actes de l'état civil est faite d'office (al. 1^{er} de l'art. 1^{er} de la loi et de l'art. 49 du C. civ.).

Une circulaire du ministre de l'Intérieur, en date du 11 août 1898, recommande aux préfets de veiller à ce que les registres de naissance et de mariage remis aux mairies soient établis de telle sorte qu'en marge des formules imprimées, dans les départements où elles existent, il reste un espace suffisant pour permettre à l'officier de l'état civil d'y insérer, le cas échéant, les diverses mentions prescrites par la loi du 17 août 1897 (1).

1. Ces mentions, prescrites d'office par la loi de 1897, sont aujourd'hui très nombreuses. En voici la liste complète, d'après le formulaire de l'état civil, publié dans *le Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, en janvier 1913 : a) mention du mariage en marge de l'acte de naissance ; b) mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé (créée par la loi elle-même, art. 331 du C. civ.) ; c) mention de la reconnaissance d'un enfant naturel, résultant d'une déclaration faite devant

Le législateur a pris des mesures aux fins d'assurer le respect de sa volonté. Chaque époux, pour éviter qu'il ne produise une expédition de son acte de naissance, antérieur à un premier mariage non dissous et ne portant pas la mention révélatrice, est tenu de présenter à la mairie un acte de fraîche date, c'est-à-dire qui ne remonte pas à plus de trois mois, s'il a été délivré en France, et à plus de six mois, s'il a été réclamé aux colonies ou dans un consulat (art. 5 de la loi modifiant l'art. 70 du C. civ.). Ces trois mois ou ces six mois sont ceux qui précèdent le jour de la célébration du mariage (1).

l'officier de l'état civil ; *d*) mention de la reconnaissance d'un enfant naturel, résultant du consentement du parent naturel au mariage de son enfant ; *e*) mention de la reconnaissance d'un enfant naturel, reçue par un notaire ; *f*) mention de reconnaissance de paternité ou de maternité naturelle résultant d'un jugement ; *g*) mention de l'opposition à mariage en marge de la publication ; *h*) mention de la mainlevée judiciaire ou amiable de l'opposition à mariage : 1° en marge de la transcription de ladite opposition ; 2° en marge de la publication sous la mention de l'opposition ; *i*) mention du divorce en marge de l'acte de mariage (art. 251 du C. civ.) ; *j*) mention de l'annulation du mariage ; *k*) mention de l'adoption en marge de l'acte de naissance de l'adopté (art. 359 du C. civ.) ; *l*) mention de la transcription d'un jugement rectificatif en marge de l'acte réformé (art. 101 du C. civ. et 837 du C. de proc. civ.) ; *m*) mention de l'annulation d'une reconnaissance en marge de l'acte de reconnaissance ; *n*) mention de l'annulation d'une autre mention ; *o*) mention de changement de nom ; *p*) mention de la réconciliation, en cas de séparation de corps, en marge de l'acte de mariage ; *q*) mention sommaire d'intercalation indiquant un acte omis ou établi par jugement ; *r*) mention du désaveu de paternité en marge de l'acte de naissance de l'enfant désavoué.

1. Circ. du minist. de la Just., 1^{er} oct. 1897.

Telle a été l'interprétation admise jusqu'à présent.

Mais M. Nègre a déposé, le 18 décembre 1913, sur la tribune du Sénat, une proposition de loi modifiant une quarantaine d'articles du Code civil, et tendant, entre autres, à faire adopter une nouvelle manière de computer le délai (1). Le point de départ n'en serait plus le quatre-vingt-dixième ou le cent quatre-vingtième jour qui précède la célébration du mariage, mais le jour de la délivrance à l'intéressé de son acte de naissance, — et, de son côté, le point d'arrivée deviendrait le jour de la production de cette pièce à l'officier de l'état civil. — La date de la célébration du mariage ne serait plus prise en considération.

Cette nouvelle opinion aurait l'avantage de faire échapper le futur conjoint à l'obligation de se procurer une seconde expédition de son acte de naissance, dans le cas où le jour de la célébration de son mariage aurait été suffisamment reculé pour entraîner la péremption de la première expédition.

Cependant, l'époux bigame, pourrait tourner la loi en post-datant l'expédition périmée de son acte de naissance et tromper, par cette post-date, la bonne foi de l'officier de l'état civil. C'est pour déjouer ce calcul que les copies conformes aux registres de

1. Article 5 de la proposition.

l'état civil porteront désormais, *en toutes lettres*, la date de leur délivrance (art. 4 de la loi modifiant l'art. 45 du C. civ.).

Cette disposition n'est pas neuve, son origine remonte à l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye, d'avril 1667 (art. 12), et dont le titre XX était tout entier consacré à une réglementation détaillée de la publicité des actes de l'état civil. D'autre part, il ne faut pas oublier que le Code civil, dès 1804, édicte, dans son article 42, qu' « aucune date, sur les registres des actes de l'état civil, ne sera mise en chiffres. »

Pour terminer l'exposé des dispositions de la loi, nous devons nous demander quelle est la sanction de leur inobservation ? « Ce sont les sanctions ordinaires » a répondu M. Darlan, Garde des Sceaux, au Sénat, dans la séance du 22 juillet 1897, c'est-à-dire celles portées en l'article 50 du Code civil, qui établit une responsabilité pécuniaire à la charge de l'officier de l'état civil.

Dans les pages qui vont suivre, nous allons examiner l'application de la loi dans les colonies, à l'étranger, et en France vis-à-vis des étrangers qui s'y sont mariés. Pour l'examen des deux premières hypothèses, il nous faudra revenir à l'article 70 du Code civil, qui stipule à la charge de chacun des époux nés aux colonies ou à l'étranger, l'obligation de remettre à

l'officier de l'état civil une expédition de son acte de naissance ne remontant pas à plus de six mois.

La loi de 1897 suppose donc que, si, dans ces hypothèses, un mariage est intervenu, mention a dû régulièrement en être faite en marge de l'acte de naissance de l'intéressé.

SECTION II

SON APPLICATION DANS NOS COLONIES

L'ordonnance de juin 1776. — Les différents cas en présence. — Restriction apportée au domaine d'application de la loi : décrets du 28 juin 1877, du 18 octobre 1891, du 27 janvier 1883 et du 29 janvier 1890.

Envisageons le cas où un individu est né ou s'est marié dans nos colonies ou bien y est né et s'y est marié. Il offre moins de difficulté que le cas normal déjà étudié, de l'individu, toujours domicilié dans la métropole depuis sa naissance. Une ordonnance de juin 1776, encore en vigueur, exige que les registres de l'état civil soient tenus en triple dans nos pays d'outre-mer, le troisième exemplaire devant être transmis et déposé au Ministère des Colonies, où il peut être délivré gratuitement des expéditions. L'obligation de faire la mention ordonnée par la loi de 1897 incombe naturellement au Ministre des Colonies, constitué dépositaire des registres de naissances. Cette centralisation des actes de l'état civil

d'une même personne au même lieu réalise l'idéal en notre matière. En admettant que, pour une raison quelconque, on n'ait pas pu se procurer l'acte de naissance d'un individu soupçonné d'être bigame ou sur le point de le devenir, on connaîtra, s'il existe, son premier mariage antérieur non dissous, directement par l'acte de mariage, délivré au Ministère des Colonies. De même, dans l'hypothèse où l'individu visé serait revenu en France, sans qu'on le sût, pour se marier, son acte de naissance au même ministère porterait la mention révélatrice d'une première union antérieure non dissoute. Cette union serait encore connue au moyen de l'acte de naissance délivré par l'officier de l'état civil colonial, qui, en principe, averti par le Ministère des Colonies ou directement par son collègue de la métropole qui a procédé à la célébration du mariage, a dû faire la mention. Enfin nous pouvons supposer que notre personnage, né et domicilié en France, s'est précédemment marié aux colonies. Dans ce cas, en dehors de l'acte de mariage, il n'existe qu'un seul moyen d'information de l'union antérieure non dissoute : c'est l'acte de naissance muni de notre mention et délivré par la mairie du lieu d'origine.

D'autre part, aux termes du décret du 28 mai 1877 (art. 3) et du décret du 18 octobre 1891 (art. 2), dans les établissements français de l'Océanie et de la Nouvelle Calédonie, le Conseil du gouvernement colonial

pourra dispenser les futurs époux, originaires d'Europe, de la production de leur acte de naissance, pourvu que l'identité et l'âge paraissent suffisamment établis par des pièces de toute nature : matricules, actes de notoriété ou autres dont le Conseil appréciera la valeur et l'authenticité.

Deux autres décrets du 27 janvier 1883 (art. 3) et du 29 janvier 1890 (art. 2) permettent au Conseil privé de la Cochinchine d'accorder la même dispense et sous les mêmes conditions aux futurs époux français, habitant la Cochinchine, l'Annam, le Cambodge et le Tonkin. Toutes ces dispositions ont été prises antérieurement à la loi de 1897 qui, d'ailleurs, n'est pas applicable dans les pays qu'elles prévoient. Ainsi, encore aujourd'hui, un individu français pourra, en dépit d'un premier mariage non dissous, contracter, dans ces colonies, une nouvelle union avec autant de facilité qu'en France avant 1897. On regrettera cette amputation faite au domaine géographique d'application de notre loi. il eût été désirable que la loi elle-même ou un texte postérieur réparât cette lacune.

Il va sans dire que mention du mariage du Français ainsi contracté dans les colonies susvisées devra régulièrement être faite.

SECTION III

SON APPLICATION A L'ÉTRANGER

§ 1. — *Mariage entre Français*

1° *L'acte de naissance ou l'acte de mariage, ou bien ces deux actes ont été dressés par notre représentant à l'étranger.* — Venons-en à l'examen de l'application de la loi à l'étranger et en premier lieu au cas du Français né ou marié ou bien né et marié en dehors de notre pays. Ici le fonctionnement de la loi de 1897 est assez complexe. Il faut distinguer : ou bien l'acte concernant notre ressortissant a été dressé par notre consul, véritable officier de l'état civil français à l'étranger, ou bien il a été rédigé dans les formes et par les autorités locales.

Dans la première hypothèse, c'est l'article 43 du Code civil et l'ordonnance du 23 octobre 1833 qui s'appliquent. L'acte est dressé en double ; l'un des exemplaires est conservé au consulat, l'autre est transmis et déposé au Ministère des Affaires étrangères. De plus, s'il s'agit de l'acte de naissance, une troisième expédition est adressé à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père, ou si le père est inconnu, de la mère ; enfin, si le lieu du dernier domicile est inconnu, la transcription se fait à Paris

Si donc le Français est né à l'étranger et s'est marié dans notre pays ou bien est né et s'est marié hors de notre pays, c'est au Ministre des Affaires étrangères, détenteur de l'acte de naissance qu'il appartiendra de faire la mention.

La question se pose de savoir si la mention devra également être faite par l'officier de l'état civil du dernier domicile du père qui détient aussi l'acte de naissance de l'intéressé et qui serait averti du mariage soit par l'officier de l'état civil du lieu de naissance, soit par notre agent diplomatique ou consulaire à l'étranger et le Ministère des Affaires étrangères. Nous croyons devoir répondre par l'affirmative : de la sorte, on aurait un lieu d'information de plus pour se procurer l'acte de naissance ; on aboutirait à une application plus complète de notre loi et, le cas échéant, à une répression plus facile de la bigamie.

Dans le cas où le Français est né dans sa patrie et s'est marié à l'étranger, c'est l'officier de l'état civil de son lieu de naissance qui, en principe averti par le Ministère des Affaires étrangères, devra faire la mention.

2° *L'acte de naissance ou bien l'acte de mariage, ou bien ces deux actes ont été dressés par des autorités locales.* — Dans la seconde hypothèse, où nous envisageons l'acte de naissance ou bien l'acte de mariage du Français résidant à l'étranger, ou bien les deux actes, dressés dans les formes et par les

autorités locales, nous nous heurtons au principe de la souveraineté de tout État vis-à-vis des autres, et à l'indépendance — qui en découle — des autorités étrangères au regard des autorités françaises (1). L'application de la loi 1897 est ici subordonnée au bon vouloir de l'administration étrangère. Ce pouvoir discrétionnaire apparaît bien dans la rédaction de la loi du 8 juin 1893 qui a complété l'article 47 du Code civil : « *Lorsque, dit ce texte, l'un de ces actes, c'est-à-dire de l'état civil, concernant des Français, sera transmis au Ministère des Affaires étrangères, il y restera déposé pour en être délivré expédition.* »

§ 2. — *Mariage entre Français et étrangers*

1° *Le mariage a été célébré par notre officier de l'état civil.* — Voyons maintenant l'application de la loi à l'occasion des mariages entre Français et étrangers, célébrés en France ou à l'étranger.

Tout d'abord un tel mariage a eu lieu dans notre pays devant l'officier de l'état civil français, en admet-

1. En conformité de ce principe, la Cour de Lyon avait décidé, dans un arrêt du 22 juillet 1846 (S. 1847. 2. 49) : que les Tribunaux français, en prononçant la nullité d'un mariage contracté en pays étranger, au mépris d'une précédente union célébrée en France, n'ont pas le droit d'ordonner l'inscription de leur jugement en marge du registre de l'état civil étranger.

tant que la loi personnelle étrangère n'édicte aucune prohibition à cet égard. Il va de soi que, vis-à-vis du futur époux français, nous rentrons dans le cas normal d'application de la loi de 1897.

Au regard de l'époux étranger, pour que la loi puisse fonctionner, nous devons supposer qu'il est né en France et que son acte de naissance a été dressé par un de nos officiers de l'état civil, et qu'il a gardé malgré tout la nationalité de ses parents étrangers (1). Dans ces conditions, le Code civil lui est applicable ainsi que toutes les lois postérieures qui l'ont modifié et parmi elles la loi de 1897.

Ceci dit, considérons le second aspect du problème : le mariage mixte a été célébré à l'étranger. Admettons qu'il l'ait été devant les officiers publics locaux. Dans ce cas il ne peut pas être question du fonctionnement de notre loi vis-à-vis du conjoint étranger. A l'égard de l'époux français elle ne s'appliquera, comme nous l'avons déjà exposé, que si les autorités étrangères veulent bien délivrer une expédition de l'acte de mariage qui restera déposé au Ministère des Affaires étrangères ou que l'époux français ne veille lui-même à l'application de la loi de 1897 ; et l'officier de l'état civil du lieu de naissance, dûment averti, fera la mention prescrite.

2° Le mariage a été célébré par notre représen-

1. Art. 8, 3° et 4°, du Code civil.

tant à l'étranger. — Supposons maintenant le mariage, célébré par nos agents diplomatiques et consulaires : leur compétence étant en principe limitée aux mariages entre Français seulement, l'union envisagée ne pourra avoir lieu devant eux que si la loi locale leur prête son concours pour la consacrer. Mais, dans les pays où cette même loi refuse son concours, soit parce que l'état civil n'est pas organisé, soit parce que les autorités locales n'offrent aucune garantie, l'union en question ne peut être célébrée dans ces conditions. Cependant, depuis une loi du 29 novembre 1901 (ajoutant un nouvel alinéa à l'article 170 du Code civil), le mariage entre un Français et une étrangère, laquelle acquiert la nationalité française, peut être célébré par nos représentants dans plusieurs de ces pays rebelles à l'exercice de nos droits (1).

§ 3. — *Mariage entre étrangers en France*

La célébration du mariage entre étrangers en France, par l'officier de l'état civil français, constitue une hypothèse très fréquente. Cette compétence de notre officier de l'état civil, facultative en principe,

1. Aux termes d'un décret du 29 décembre 1901 pris en exécution de la nouvelle loi, ces pays sont : la Turquie, la Perse, l'Égypte, Mascate, le Siam, la Chine et la Corée.

devient obligatoire lorsque les futurs conjoints sont de nationalités différentes ; l'agent diplomatique ou consulaire du pays dont ressortit l'un d'eux, n'ayant pas qualité pour consacrer l'union projetée avec l'autre.

Si l'un de ces époux étrangers ou tous les deux sont nés en France et rentrent dans les conditions d'application de l'article 8, 3^o et 4^o, du Code civil, comme nous l'avons expliqué plus haut, la loi de 1897 trouvera ici encore l'occasion de fonctionner.

§ 4. — *Échange international des actes de l'état civil*

Nous avons vu combien nous étions embarrassés en présence de l'abstention ou du refus des autorités étrangères de nous délivrer l'acte de naissance ou de mariage d'un de nos nationaux. Les États, dans le but d'une meilleure application de leurs lois respectives et d'une répression plus certaine à l'égard de leurs nationaux criminels ou délinquants, ont compris la nécessité de s'entendre et de conclure des accords, spécialement en ce qui concerne l'échange international des actes de l'état civil.

Par l'article 5 § 4 de la convention internationale de la Haye du 12 juin 1902 sur le mariage, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède et la Suisse

avaient décidé de se communiquer mutuellement les actes de mariage de leurs nationaux : Mais, à la suite de difficultés survenues avec l'Allemagne pour l'application de cette convention, celle-ci fut dénoncée, entre toutes les puissances contractantes (1).

La France, de son côté, avait conclu un certain nombre de traités bilatéraux emportant échange réciproque de tous les actes de l'état civil (2).

La communication se fait à des époques déterminées tous les trois ou six mois suivant les conventions, elle s'effectue par la voie administrative et diplomatique. Les actes concernant nos nationaux, lorsqu'ils sont parvenus au Gouvernement français, sont transmis aux maires à fin de transcription par les préfets et les sous-préfets. Cette transcription est obligatoire pour les actes de mariage aux termes de l'article 171 du Code civil.

Mais pour les autres actes de l'état civil, les actes de naissance en particulier, une controverse s'est élevée sur le point de savoir si leur transcription était obligatoire pour les officiers de l'état civil. C'est là une question extrêmement délicate.

1. Dénonciation par notre Gouvernement en date du 12 novembre 1913 (*Jour. offic.*, du 13 décembre suivant).

2. Avec l'Autriche-Hongrie, le 29 août 1892; avec la Belgique, le 25 août 1876; avec le Chili, le 24 août 1899; avec l'Italie, le 13 janvier 1875; avec le Luxembourg, le 14 juin 1875; avec la principauté de Monaco, le 24 mai 1881; avec la Norvège, le 21 décembre 1906 et avec la Suède, le 9 novembre 1904; il existe, en outre, des accords verbaux entre nous et la Suisse depuis 1877.

Dans une première opinion on soutient que le maire, sollicité par l'administration ou l'intéressé lui-même d'effectuer la transcription, est tenu de l'opérer (1). D'autres, au contraire, reconnaissent à l'officier de l'état civil le droit de refuser la transcription même dans le cas où le gouvernement la sollicite pour exécuter les conventions diplomatiques signées par la France ; le Code civil ne prescrit cette transcription que pour les actes de mariage et il n'appartient pas à l'autorité administrative d'édicter une mesure non prévue par la loi (2).

Nous croyons devoir rejeter cette dernière opinion. La thèse la plus restrictive a l'inconvénient de détruire en partie l'heureux effet de ces conventions en vue d'une plus complète application de la loi de 1897.

La transcription des actes de mariage est faite par les soins de l'officier de l'état civil du lieu du domicile de l'intéressé. Quant à celle des actes de naissance, si elle a lieu, elle est opérée au lieu du dernier domicile des ascendants.

1. Telle est l'opinion à laquelle se range M. Dufaure, Garde des Sceaux, après y avoir longuement réfléchi, dans sa circulaire du 11 mai 1875.

2. Le procureur de la République près le Tribunal de la Seine, dans sa circulaire du 25 juin 1874, exprime cette manière de penser dans des termes qui ne peuvent laisser aucun doute (*Recueil des instructions relatives à l'état civil*, publié par la préfecture de la Seine en 1900).

APPENDICE. — *Cas du Français né à l'étranger et marié dans nos colonies ou vice versa.*

Enfin pour être absolument complet, il faut envisager le cas, rare assurément, de l'individu français né à l'étranger et marié dans nos colonies ou *vice versa*.

En donnant à la loi une interprétation stricte, qui n'est peut-être pas celle admise par la pratique, nous devons penser que le ministre auquel incombe la transmission et la conservation de l'acte de mariage, doit en aviser son collègue, détenteur de l'acte de naissance et qui fera la mention.

SECTION IV

OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES

Lorsqu'il incombe ainsi au Ministère des Colonies ou au Ministère des Affaires étrangères d'apposer une mention en marge d'un acte de l'état civil, le Parquet compétent doit adresser la formule de la mention avec lettre explicative au ministère intéressé (1).

La même circulaire rappelle que les Administrations de la guerre et de la marine possèdent aussi en dépôt les actes de l'état civil, concernant les militaires, les marins de l'État et les personnes attachées

1. Circulaire du Garde des Sceaux, interprétative de la loi, du 6 octobre 1897 (publiée dans le *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, année 1897, p. 94 et s.).

à la suite des armées ainsi que les actes de naissance, même des non militaires, reçus à bord au cours d'un voyage maritime (1). Mais ces administrations n'ont pas qualité pour délivrer des expéditions, et « il me paraît, dès lors, inutile, dit le Ministre de la Justice dans la même circulaire, de faire des mentions en marge des actes qu'elles conservent » (2).

« Au surplus, ces actes sont toujours transcrits à l'état civil d'une de nos communes qu'il sera facile de trouver, en demandant au besoin des renseignements au Ministère de la Guerre ou au Ministère de la Marine. »

Voilà une atteinte de plus portée au domaine d'application de notre loi, car il n'est pas certain que, dans les cas visés, des renseignements soient régulièrement demandés, comme le conseille le Garde des Sceaux et que même, si ces renseignements sont demandés, ils soient fournis par le Ministère de

1. Art. 59 et s., 93 et s. du Code civil.

2. Cependant la loi du 18 février 1916, qui a créé au Ministère de la Guerre un service général des pensions, secours, renseignements aux familles, de l'état civil et des successions militaires, dispose dans son art. 2 : « Un fonctionnaire du service, spécialement délégué par le Ministre, pourra établir des expéditions certifiées conformes aux extraits de l'état civil que le service aura en dépôt ».

« Ces expéditions ne pourront être utilisées et n'auront force authentique que dans les opérations du service général et les procédures de revision des pensions au Ministère des Finances et au Conseil d'État ».

la Guerre ou le Ministère de la Marine avec toute la précision et la rapidité désirables.

C'est une question oiseuse de se demander si, dans les hypothèses considérées, le ministre ou son agent responsable tombe sous le coup de l'article 50 du Code civil en cas de négligence dans l'application de la loi. Comme nous le constaterons au moment de faire la critique de cette loi, l'impunité est assurée, en fait, aux maires qui méconnaissent leurs devoirs d'officier de l'état civil au regard de l'application de notre loi, bien qu'ils en soient les agents d'exécution normaux. Alors que dire à cet égard d'un ministre en qui on n'a pas l'habitude de voir un officier de l'état civil?

CHAPITRE II

CRITIQUE DE LA LOI

- a) *Renseignements statistiques ;*
- b) *Inapplication de l'article 50 du Code civil ;*
- c) *Défectuosités dans la transmission des avis de mariage ;*
- d) *Acte de notariété remplaçant l'acte de naissance ;*
- e) *Cas où la loi de 1897, elle-même, encourage la bigamie et empêche les mariages.*

a) *Renseignements statistiques.* — Le législateur de 1897, faisant à la fois œuvre d'autorité et de perspicacité, semblerait avoir extirpé de notre société le crime de bigamie ou tout au moins n'avoir rendu sa réalisation possible qu'en cas de concours de circonstances difficilement imaginables. Et cependant la statistique ne lui est pas favorable. Voici les renseignements fournis par le « Compte général de l'administration de la justice criminelle » et résumés dans les deux tableaux ci-dessous.

	NOMBRE des accusations	NOMBRE des accusés
1826-1830	10	10
1831-1835	4	4
1836-1840	3	4
1841-1845	5	6
1846-1850	4	4
1851-1855	5	5
1856-1860	5	6
1861-1865	5	5
1866-1870	5	5
1871-1875	5	5
1876-1880	5	5
1881-1885	6	6
1886-1890	6	6
1891-1895	8	8
1896-1900	7	8

2° TABLEAU

	NOMBRE des accusations	NOMBRE des accusés	NOMBRE des acquittés	NOMBRE DES CONDAMNÉS à un emprisonnement de plus d'un an
1893	11	11	4	6 [1 à la réclusion.
1894	9	10	3	7
1895	5	5		1 aux trav. forcés à temps. 3 à la réclusion. 1 à + d'un an d'emprisonn.
1896	7	7	2	5
1897	7	8	3	5
1898	5	5	3	2
1899	11	12	6	6
1900	6	6	2	4
1901	8	8	4	4
1902	5	5	2	3
1903	7	7	4	3
1904	6	9	8	1
1905	4	4	2	2
1906	9	9	7	1 [1 aux trav. forcés à temps.
1907	11	11	6	5

La loi de 1897 n'a donc apporté pour ainsi dire aucune amélioration à la situation. A voir les choses de près, il n'y a à cela rien d'étonnant, car notre loi est mal appliquée tout au moins pour deux raisons (1).

b) *Inapplication de l'article 50 du Code civil.* — En premier lieu, nous l'avons déjà fait remarquer, les officiers de l'état civil ne tombent presque jamais sous le coup de l'article 50 du Code civil qu'il s'agisse du fonctionnement de notre loi ou de tout autre texte relatif à l'état civil.

Quand la Chancellerie a l'intention d'appliquer la sanction à l'égard du contrevenant, elle demande l'avis du Ministre de l'Intérieur. Or, presque toujours, lorsqu'elle a pris connaissance de la réponse, elle abandonne toute idée de répression à l'encontre du coupable.

c) *Défectuosités dans la transmission des avis de mariage.* — En deuxième lieu, les officiers de l'état civil n'ont pas entre eux la franchise postale ; mais ils l'ont avec le procureur de la République de leur arrondissement et les procureurs l'ont les uns avec les autres. Cet état de choses entraîne, au point de vue

1. Après des recherches assez longues et minutieuses, principalement à l'Office de Législation étrangère du Ministère de la Justice, nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'existe à l'étranger aucun texte législatif similaire, de sorte que, pour juger cette loi, nous n'avons aucun document de comparaison.

de l'application de notre loi, des conséquences inattendues et vraiment fâcheuses.

Un homme né à Hyères (Var) se marie au Creusot, par exemple, avec une jeune fille originaire d'Annonay (Ardèche). Dans ce cas, le maire du Creusot transmettra au procureur d'Autun deux avis de la célébration du mariage ; à son tour le procureur d'Autun enverra un des avis au procureur de Toulon et l'autre au procureur de Tournon ; le procureur de Toulon transmettra l'avis au maire d'Hyères qui, après mention faite en marge du registre des naissances, le renverra au procureur de Toulon, celui-ci le transmettra au greffier de son tribunal pour seconde mention en marge. Pendant ce temps, les choses se passeront de la même façon, entre le procureur de Tournon, le maire d'Annonay et le greffier du tribunal de Tournon.

Ces transmissions multiples entre Parquets et mairies amènent de très grands retards dans la transcription de la mention qui a parfois lieu plus d'un an après la célébration du mariage. C'est ainsi qu'à Asnière (Seine) une femme qui se remariait pour la troisième fois présenta un acte de décès de son second mari et son propre acte de naissance où son premier mariage était seul mentionné.

Le plus souvent aussi, à l'imitation de ce qui se fait pour les correspondances administratives entre maires, sous-préfets et préfets, les avis de men-

tions à émarger et, parmi eux, les avis de mariage, parviennent à la mairie, qui doit faire ces mentions, une ou deux fois par an, par paquets de cinquante ou de cent : d'où des risques de pertes et aussi d'erreurs dans les mentions par suite d'un travail trop hâtif, souvent considérable imposé à la mairie.

Pour mettre fin à cette situation regrettable, l'octroi de la franchise postale aux officiers de l'état civil entre eux, apparaît comme une mesure des plus simples et des plus efficaces. Malheureusement l'autorité compétente, l'Administration des postes, est formellement opposée à une telle innovation. Voici comment elle s'exprime dans sa réponse à une question écrite que M. Auriol, député, avait adressée à ce sujet au Ministre du Commerce (1). « L'Administration des postes verrait de graves inconvénients à autoriser les maires de toutes les communes de France à correspondre directement entre eux en franchise... Il pourrait en résulter des abus qui échapperaient au contrôle et seraient préjudiciables aux intérêts du Trésor ». Ce raisonnement ne nous paraît pas irréfutable; en admettant qu'on opère la réforme si désirable, serait-il impossible à l'Administration des postes d'imposer aux officiers de l'état civil, pour les avis de mariage expédiés en franchise, un système de plis ouverts

1. *Journ. off.*, du 7 décembre 1913, p. 10.577, colonnes 2 et 3.

qui lui permettrait d'exercer son contrôle ? En Belgique et en Suisse, le désir que nous exprimons est devenu une réalité : les officiers de l'état civil ont entre eux la franchise postale.

Ce n'est pas tout : dans notre pays, l'officier de l'état civil expéditeur n'est informé en aucune façon de l'arrivée à destination de l'avis du mariage, en sorte qu'il pourrait être tenté de commettre des négligences dans l'envoi de ces pièces. Ici encore, la Belgique nous donne l'exemple. Au bas de chaque avis de légitimation, par exemple, se trouve la formule suivante : « M. l'officier de l'état civil de... est informé qu'en suite de son avis en date du (n° mariage) l'émargement prescrit par l'article 49 du Code civil a été effectué à l'acte de naissance de..., né... en cette commune et qui... été légitimé... par mariage contracté à... par père et mère. »

Cet accusé de réception est détaché de l'avis et retourné à l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage par lequel l'enfant a été légitimé ; le retour d'avis bénéficie aussi de la franchise postale (1).

Avec un tel état de choses les bigames ont beau jeu ; si la mention de leur premier mariage n'est pas faite en marge de leur acte de naissance, ils ne ren-

1. Tous ces renseignements ont été puisés dans l'article de M. Ed. Lévy, *l'état civil en Belgique et en Suisse*, publié dans *la Gazette des tribunaux*, du 8 février 1914.

contrent aucun obstacle sérieux dans la réalisation de leurs desseins criminels.

Le plus souvent ils quittent la ville où ils demeureraient avec leur première femme pour passer à l'étranger ou tout au moins dans une autre ville de France assez éloignée de la première. Là ils ont une conduite irréprochable, ne suscitant aucun soupçon, ils passent naturellement pour célibataires, et se remarient avec la plus grande facilité.

d) *Acte de notoriété remplaçant l'acte de naissance.* — La perpétration du crime de bigamie se trouve encore facilitée lorsque l'acte de notoriété remplace l'acte de naissance que l'époux a été dans l'impossibilité de se procurer par suite de destruction, de perte ou de non déclaration de la naissance (art. 70 du C. civ.). Cet acte de notoriété dressé par le juge de paix du lieu de naissance sur l'attestation de sept témoins (art. 71 du C. civ.) ne reconstitue que les énonciations de l'acte manquant et non ses mentions marginales, en particulier celle qui nous occupe (1).

Ce cas doit se présenter plus fréquemment dans

1. Une loi du 16 mars 1916 permet de remplacer par des actes de notoriété les expéditions d'actes dressés en pays occupé par l'ennemi. Ces actes sont dressés sans frais par le juge de paix de la résidence du requérant ; ils sont visés pour timbre et enregistrés gratis ; ils ne sont pas homologués et le nombre des témoins est réduit à trois (*Journ. offi.* du 18 mars).

son établissements de l'Océanie et de la Nouvelle-Calédonie, au Tonkin, au Cambodge, en Cochinchine. et en Annam : en vertu des décrets dont nous avons parlé en temps et lieu, les Français qui se marient dans ces colonies sont autorisés à substituer à leurs actes de naissance, toutes autres pièces, telles que matricules, acte de notoriété et dont les autorités locales apprécient la valeur et l'authenticité.

e) *Cas où la loi encourage la bigamie et empêche les mariages.* — Enfin la loi de 1897 mérite un autre reproche : elle peut encourager la bigamie, qu'elle a pour fonction normale d'empêcher, et rendre impossible la réalisation d'un projet de mariage. Voici dans quelles conditions se produit cette double conséquence, paradoxale au premier abord : un individu se marie en présentant à la mairie l'acte de naissance d'un tiers, par suite d'une usurpation d'état civil criminelle ou d'une confusion non intentionnelle, fréquente si le nom est banal (Benoît, Dupont, Durand, etc...) (1). Il sera loisible

1. M. Robert Boisseau, mon ami très regretté, a recueilli un exemple de ce genre dans sa thèse de doctorat : *Des jugements tendant à établir, reconstituer, rectifier ou annuler les actes de l'état civil*. Paris, 1914, p. 199 et s. — Un sieur Louis-Ernest Thomas, né le 23 janvier 1863 à Pontoise, veuf depuis plusieurs années et désireux de se remarier, ne fut pas peu surpris de trouver en marge de son propre acte de naissance, la mention d'un nouveau mariage avec une dame Mauboussin qu'il ne connaissait pas. A la vérité, cette union avait eu lieu entre la dite dame et un homonyme : Louis-Bernard Thomas, né à Pon-

à cet individu, dont l'acte de naissance est vierge de la mention prescrite, d'épouser une seconde femme du vivant de la première avec les plus grandes chances d'impunité. D'autre part, c'est le tiers qui éprouvera des difficultés pour se marier en raison de la mention portée en marge de son acte de naissance, difficultés qui, dans la pratique, peuvent retarder de plusieurs années la réalisation du mariage qu'il a projeté.

Étant donnée la fréquence relative de l'hypothèse, on peut se figurer ce qu'il arriverait si le législateur tentait d'étendre au décès le système de la loi de 1897.

Après l'examen approfondi que nous venons de faire, nous pouvons affirmer que la bigamie n'existerait plus, ou pour ainsi dire plus, en France, avec une bonne application de la loi de 1897, comme le sous-entend M. Planiol (1) et comme l'affirment MM. Capitant et Colin (2). Telle paraît bien être aussi l'opinion de la Chancellerie, lorsqu'on lit ce passage de la circulaire précitée du 6 octobre 1897. L'article 49 du Code civil qui prescrit de faire d'office les mentions en marge d'un acte déjà inscrit « impose

toise le 28 avril 1866. — Celui-ci ayant seulement fourni sa carte d'électeur au nom de : Louis Thomas, à la mairie, on se servit, par mégarde, de l'acte de naissance de Louis-Ernest Thomas pour apposer la mention du nouveau mariage.

1. *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, n^{os} 458 et 718.

2. *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, p. 140.

aux officiers de l'état civil un devoir strict dont l'inobservation serait de nature à leur faire encourir de sérieuses responsabilités. Il est, par suite, très important de les mettre à même d'éviter les omissions et les erreurs ».

CONCLUSION

En présence de la situation défectueuse et durable créée par la mauvaise application de la loi de 1897, on peut considérer que la question du moyen propre à empêcher la bigamie est d'un intérêt très actuel encore aujourd'hui.

On a beaucoup parlé de l'institution d'un casier civil, à l'imitation du casier judiciaire, c'est-à-dire, de la création, dans chaque commune ou chaque chef-lieu de canton, d'un registre où seraient consignés tous les faits déterminant ou modifiant l'état ou la capacité des personnes nées dans la commune ou les limites de la circonscription cantonale. — La réforme proposée est d'autant plus séduisante qu'elle présente des avantages, en dehors de la solution du problème spécial qui nous occupe : sachant seulement les prénoms, noms, l'âge approximatif et le lieu de naissance d'un individu, on pourrait connaître sa situation juridique exacte et complète ; — et du même coup se trouverait dissipée cette erreur, accréditée dans le public par le Code Napoléon, que l'état civil

d'une personne est uniquement constitué par ses actes de naissance, de mariage et de décès (1).

APPENDICE. — *Situation de la bigamie dans l'ensemble du Droit* — Avant d'ouvrir les développements consacrés aux deux parties qui vont suivre, il nous faut dire quelle place occupe la bigamie dans l'ensemble du droit. — La bigamie, nous l'avons noté à la fin de la préface, intéresse à la fois le droit civil et le droit criminel.

Du point de vue de la législation civile, elle est un simple fait : la coexistence de deux mariages valables. — Chaque fois que des juges constateront ce fait, réputé anormal dans nos pays, ils devront, à titre de sanction et pour faire disparaître l'irrégula-

1. Voir pour l'examen détaillé de la question : M. L. d'Albiousse, deux articles parus dans *la Revue pratique*, de 1860 Tome IX, p. 457 et de 1862, t. XIV, p. 362. — M. Raynald-Petiet, *De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes*, article paru de *la Revue pratique* de 1887, p. 580. — M. Louis Theureau, Comptes rendus de l'Académie des sciences morales, t. I, p. 68. — MM. Morel et l'abbé Lemire, propositions de loi déposées sur le bureau de la Chambre, respectivement le 5 février 1887 et le 8 juillet 1904. — M. Ganivet, Rapport publié, à *l'Officiel*, séance du 17 février 1887. — Enfin la loi du 26 mars 1893, complétant l'article 501 du Code civil et qui a créé, pour les jugements d'interdiction, un système de registres spéciaux au greffe de chaque arrondissement, d'après le lieu de naissance, avec un registre spécial à Paris, tout à fait semblable à celui du casier judiciaire de la justice criminelle.

Voir aussi le fonctionnement du « registre de population », institution spéciale à la Belgique.

rité, prononcer ou provoquer la nullité du second mariage.

Au point de vue pénal, la bigamie est un crime : à la coexistence des deux mariages valables vient s'adjoindre un autre élément, essentiel à toute infraction : l'intention coupable. — Si cette dernière fait défaut, l'agent évitera le châtement ; mais cette absence de condamnation n'empêche pas, bien entendu, la loi civile d'intervenir. — D'autre part, l'impunité est également assurée à l'accusé s'il parvient à faire ressortir la nullité d'un des mariages contractés par lui, alors même que l'intention coupable pourrait être démontrée. — Et c'est là le vœu cher à tous les bigames de pouvoir ainsi soulever, au cours de la procédure suivie contre eux, cette objection de nullité qui pourra donner lieu à une question préjudicielle.

PREMIÈRE PARTIE

RÉPRESSION PÉNALE DE LA BIGAMIE

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DE LA RÉPRESSION DE LA BIGAMIE

Dans ce chapitre d'introduction, notre but est d'exposer assez rapidement quelles sont les origines historiques de la répression pénale de la bigamie dans notre pays. Pour ce sujet comme pour beaucoup d'autres institutions lointaines de notre droit, ces origines résident en Grèce, à Rome et dans l'ancienne France.

§ 1^{er}. — *En Grèce*

A l'origine, la polygamie fut pratiquée en Grèce. C'est à Cécrops que revient l'honneur d'avoir défendu d'épouser deux maris ou deux femmes à la fois.

Mais cette loi parut trop sévère et fut amendée par un plébiscite, rapporté par Athénée (1). Il décidait que le mari n'aurait qu'une femme légitime ; mais il lui était loisible d'avoir des enfants d'une étrangère. Ce plébiscite est à peu près du temps de Socrate qui eut, dit-on, deux femmes comme Callisthène, Démétrius de Phalère et beaucoup d'autres.

Mais, dans la suite, les mœurs s'épurèrent ; l'épouse, qui, au début, se trouvait dans une situation très dépendante et très inférieure vis-à-vis de son mari, sut prendre au foyer une place de plus en plus large.

§ 2. — *A Rome*

Dans les premiers temps, la femme romaine bigame n'encourait aucune peine déterminée, celle-ci étant laissée à l'appréciation du tribunal domestique. Mais, si son mari la surprenait en flagrant délit d'adultère, peut-être avec celui-là même dont elle avait l'intention de faire un second époux, il avait le droit de la tuer (2).

Le mari bigame, lui, échappait à tout châtimement grâce au subterfuge de la répudiation tacite.

1. Liv. XII.

2. « In adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares » (Caton, cité par Aulu-Gelle dans ses *Nuits attiques*, X, p. 23).

Au cours de la période dite classique, celle qui s'étend de la fin du ¹^{er} siècle jusque vers le milieu du ³^{ème} siècle après Jésus-Christ, les mœurs des temps anciens étaient oubliées : l'adultère, la prostitution, la débauche sous toutes ses formes avaient libre cours ; le célibat, au surplus, était très en faveur. C'est pour mettre fin à cet état de choses inquiétant qu'Auguste (1) édicta la « *lex Julia de adulteriis* », loi sur la répression de l'adultère qu'elle range au nombre des crimes publics. Elle lui assimile la bigamie, qui est donc punie des mêmes peines. Ces peines sont indiquées dans un passage des « *Sentences* » (2) du jurisconsulte Paul (3). A l'égard de la femme, c'était la perte de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens et, en outre, la déportation. La loi avait rendu la bigamie possible pour le mari en supprimant la répudiation tacite ; la répudiation devait désormais avoir lieu en présence de sept témoins et suivant certaines formes. La « *lex Julia de adulteriis* » aboutit à un échec complet, les adultères furent plus nombreux que jamais pendant les premiers siècles de l'ère chrétienne, l'adultère du mari était

1. Il fut empereur de 34 av. J.-C. à 14 apr. J.-C.

2. « *Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri ; adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegentur* » (Liv. II, chap. XXVI, § 14).

3. Il vécut dans la deuxième moitié du deuxième siècle et au début du troisième siècle après J.-C.

demeuré impuni et il en était de même de la bigamie à son égard.

Il faut arriver à l'Edit de l'empereur Hadrien (1) pour voir assigner à la bigamie une peine spéciale : l'infamie. Le crime s'entend non seulement de la coexistence de deux mariages mais aussi de deux fiançailles (2). La personne qui avait autorité, qui avait la « potestas » sur l'époux coupable et qui avait laissé ce dernier contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier, était également punie. Et l'époux ou le fiancé n'était pas coupable, s'il avait été contraint au second mariage ou aux secondes fiançailles par cette même personne.

Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien (3) donne au juge le pouvoir d'infliger un châtiment approprié (4).

Un rescrit de Valérien et de Théodose vint restreindre cette latitude laissée au juge en décidant que l'époux bigame serait poursuivi pour « stuprum » (5),

1. Rédigé par le jurisconsulte Salvius Julianus, de 117 à 138 apr. J.-C.

2. « Bina sponsalia binasve nuptias. »

3. Empereurs de 286 à 293, apr. J.-C.

4. Au Code, liv. V, tit. V : « De incertis et inutilibus nuptiis », loi 2 : « Neminem qui sub ditione sit Romani nominis, binas usores habere posse vulgo patet ; cum et in Edicto prætoris hujusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens judex inultam esse non patietur ».

5. Ce terme désigne, en droit romain, tous les rapports sexuels

puni de la confiscation de la moitié des biens et de la déportation. Le coupable était, en outre, rendu incapable de se remarier et de témoigner en justice.

Avec Constantin, la pénalité s'aggrava beaucoup : il punit de mort ceux qui osent se jouer du mariage et de son caractère sacré (1).

Enfin, dans le dernier état du droit romain, sous Justinien, les peines du « stuprum » ne s'appliquent plus à la femme adultère. Celle-ci est enfermée dans un monastère après avoir été fouettée (2) : pendant un délai de deux ans, le mari jouit du droit de faire cesser l'internement qui devient définitif et perpétuel s'il n'exerce pas cette faculté. Quant au mari bigame ou adultère, il est condamné à mort après avoir subi des tortures variées. En outre, le célibataire qui entretenait des relations avec une femme mariée était assimilé à l'époux adultère et le mariage qu'il viendrait à contracter avec cette femme, serait nul.

Les Romains avaient étendu l'interdiction de la polygamie même aux peuples dépendant d'eux et dont les lois respectives ne prohibaient pas la pluralité des femmes.

En terminant ce rapide historique en droit romain,

en dehors du mariage, lorsqu'ils ont lieu entre personnes de condition honorable.

1. Au Code, liv. IX, tit. IX : « Ad legem Juliam de Adulteriis », loi 30, § 1 : « Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet ».

2. « Verberata ».

nous croyons utile de nous demander si cette prohibition de contracter plusieurs mariages ne s'appliquait qu'aux « *justæ nuptiæ* », à l'union réservée aux citoyens romains ? — Autrement dit, l'homme peut-il avoir une épouse et une concubine, ou encore deux concubines (1) ? — Jusqu'à Constantin, la question est très délicate et très controversée. — D'une part, certains auteurs, dans différents passages, semblent accorder à l'homme la faculté d'avoir plusieurs épouses. — D'autre part, les textes législatifs paraissent établir l'obligation de l'union monogame aussi bien pour le « *concubinatus* » que pour les « *justæ nuptiæ* ». — Mais tous les doutes disparaissent avec Constantin ; c'est alors la défense explicite à tout homme d'avoir une concubine pendant le mariage (2). — Enfin Justinien, dans une novelle, déclare « haïssable » (3) celui qui a plusieurs concubines.

§ 3. — *Dans l'ancienne France*

1^o *Période barbare*. — Les peuples barbares qui se sont établis dans notre pays avant et surtout après l'effondrement de l'Empire romain, ont-ils connu la pluralité des femmes ?

1. La concubine, en droit romain, c'est l'épouse unie à son mari par le « *concubinatus* », mariage de rang inférieur.

2. Au Code, liv. V. titre XXVI, loi unique : « *Nemini licentia concedatur, constante matrimonio concubinam penes se habere.* »

3. « *Odibilis* » (*Novelles*, liv. XII, cap. 89, § 5.)

Pour ce qui est des Gaulois, aucun monument ne prouve d'une manière certaine que la polygamie fut pratiquée parmi eux ; il y a cependant de très fortes présomptions à cet égard ; en effet, la femme gauloise est dans une situation quasi-servile vis-à-vis de son mari, ce qui est, comme nous l'avons fait ressortir dans notre introduction, une condition nécessaire à l'établissement de la polygamie chez un peuple.

Les Germains, eux, ont connu la polygamie. — Leurs femmes étaient aussi dans une situation d'infériorité ; mais elles n'étaient incapables que parce qu'elles étaient inhabiles au métier des armes ; elles avaient des droits reconnus par tous et leurs conseils étaient regardés comme des inspirations d'en haut.

Chez les Francs, la polygamie fut pratiquée, et en premier lieu, par les rois des deux premières races. — Caribert répudia Ingoberge pour se marier avec Méroflide. — Chilpéric se sépara de ses femmes et prit Galswinthe. — Charles Martel répudia Alpaïs pour épouser Gertrude. — Charlemagne répudia Désidérata au bout d'un an de mariage pour lui préférer Hildegarde, il prit ensuite Frastrade ; il eut bien des maîtresses et fut marié cinq fois ; mais, à la mort de la cinquième femme, il ne se remaria plus et prit quatre concubines.

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède qu'aucune mesure n'ait été prise contre la bigamie.

La Loi Salique corrigée édictait une peine pécuniaire contre celui qui avait épousé une femme, dont le mari était encore vivant.

Cette disposition n'existe pas dans les premières éditions ; elle ne peut provenir des Germains et l'on doit penser qu'elle est le fruit du Christianisme. Elle ne constitue, en outre, qu'une sorte d'entrave à la bigamie et non une répression directe puisque ce n'est pas l'époux bigame qui est puni.

2° *Influence de l'Église.* — Pendant ces premiers temps de notre histoire les mœurs n'avaient rien d'édifiant et c'est ainsi que l'inceste qui nous paraît aujourd'hui d'une immoralité révoltante était très fréquent, aussi l'Église eut-elle fort à faire pour rappeler les âmes peu sages à l'observation des préceptes de morale. Mais elle fut récompensée de ses efforts par une influence qui devint toute-puissante. Au début du xvi^e siècle les populations étaient monogames. La crainte d'un châtiment éternel aurait suffi pour retenir l'homme qui aurait voulu contracter une seconde union avant la dissolution de la première et les nobles n'osaient pas encourir les rigueurs d'une excommunication aussi terrible au point de vue spirituel que temporel pour s'être opposés à l'application des prescriptions religieuses.

L'Église ne se contenta pas d'inspirer des craintes d'ordre purement spirituel, elle trouva dans l'administration du sacrement de mariage l'occasion d'une

réglementation même au point de vue civil. Tout d'abord, pendant la domination romaine, elle encouragea les fidèles à faire bénir leur union par un prêtre (1). Dans la suite l'empereur Léon le Philosophe fit de cet usage jusqu'alors facultatif une prescription légale (2).

C'est au Concile d'Arles, tenu en l'an 524, que la question précise de la publicité du mariage fut soulevée pour la première fois, aux fins d'assurer la constitution d'une dot et sa restitution à l'imitation de ce qui avait été fait dans les derniers temps de l'empire romain (3). La dot était généralement constituée à la porte des églises et des monastères, la parole ainsi donnée dans ces lieux saints valait un écrit. Une telle habitude avait été établie à cause du défaut d'instruction très fréquent à cette époque.

Les époux qui demandaient la bénédiction du prêtre réglaient en sa présence leurs conventions matrimoniales. Le Concile de Trente rendit cette pratique obligatoire, la bénédiction religieuse fut exigée à peine de nullité. Cette décision fut la première mesure légale restrictive de la bigamie : la perpétration du crime était rendue plus difficile tandis que sa répression devenait en revanche plus facile.

1. Tertullien, « ad uxorem » (liv. II, chap. VIII).

2. *Novelle*, 89.

3. « Nullum sine dote fiat matrimonium sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere præsumat. »

Plus tard, l'Église, ayant édicté la prohibition du mariage entre parents au quatrième degré, organisa une publicité qui permit de vérifier l'identité des fiancés et d'inviter les tiers à révéler les empêchements du mariage. Le Concile de Latran, en 1215, rendit obligatoire la publication des bans.

De son côté le pouvoir royal vint compléter l'œuvre et seconder les efforts de l'autorité ecclésiastique : les nombreuses décisions qu'il rendit sous forme de lois, d'ordonnances, d'édits, pour établir et perfectionner le système des actes de l'état civil, c'est-à-dire des actes de baptêmes, de mariages et d'enterrements dont les registres étaient tenus par les curés des paroisses, influèrent sur la bigamie. L'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40) et l'édit de Melun (art. 25) défendirent aux curés de procéder à la célébration du mariage sans avoir les preuves du consentement des parents et de la qualité des époux. Un édit du mois de mars 1697 leur prescrivit aussi de s'informer auprès des témoins de l'accomplissement de toutes les formalités d'âge et de consentement.

L'arrêt du règlement du Parlement de Paris du 17 mai 1750 est en ce sens (1).

Le législateur révolutionnaire et le Code civil

1. On appelait « arrêts de règlement » les décisions que rendaient sous l'ancien régime les Cours de justice, décisions qui étaient obligatoires pour l'avenir et pour tout le monde dans leur ressort.

reprirent l'organisation léguée par l'ancien droit. La loi des 20-25 septembre 1792, après la promesse faite dans la Constitution de 1791 (art. 7 de son titre II), prononça la sécularisation des registres de l'état civil ; la substitution de l'officier de l'état civil au curé, des actes de naissances aux actes de baptêmes et des actes de décès aux actes d'enterrements.

3° *Du xvi^e siècle à la Révolution.* — Même au xvi^e siècle, au moment de leur rédaction, les coutumes, qui tenaient lieu de lois à cette époque, ne prévoyaient aucune peine à l'encontre de la bigamie. C'est pourquoi les vieux auteurs se reportaient aux textes romains et, en présence de l'incertitude de ces textes, discutaient la peine qu'il convenait d'appliquer. Tantôt ils proposaient les peines de l'adultère ou simplement celle du stupre, tantôt ils laissaient la peine à l'arbitraire du juge (1).

Le témoignage de Muyart et Vouglans corrobore ce que nous venons de dire. « On trouve dans le droit romain des lois particulières qui ont déclaré les peines de ce crime purement arbitraires et qui les font dépendre des circonstances. Telle est aussi la règle qui paraît avoir été suivie par notre ancienne jurisprudence, car nous trouvons des arrêts qui se sont d'abord contentés de prononcer la seule peine

1. « Monochius, Julius Clarus, Farinacius. »

d'infamie, d'autres qui ont porté la peine jusqu'à celle de mort » (1). Et l'auteur ajoute: « La peine ordinaire de ce crime consiste à condamner les hommes aux galères et les femmes au bannissement à temps ou à perpétuité ; les uns et les autres préalablement attachés au carcan, un jour de marché, les hommes avec deux quenouilles, les femmes avec deux chapeaux, portant chacun des écriteaux, devant et derrière, qui marquent le titre de leur condamnation. »

L'exemple le plus récent que l'on puisse citer d'une condamnation à la peine de mort est celui d'un baron de Saint-Angel qui fut pendu en 1626, pour avoir épousé plusieurs femmes en même temps. Au milieu du xvii^e siècle, un adoucissement fut apporté à la répression ; un arrêt très important du 22 janvier 1658 décida que « la bigamie n'est point punissable de mort » L'amende honorable, le bannissement, l'exposition publique furent les peines désormais appliquées. Cependant la peine capitale put encore être prononcée dans des cas très graves : par exemple si le bigame avait trompé une mineure. Jusqu'à la Révolution l'usage fut de condamner les coupables au pilori en ajoutant le bannissement à temps ou les galères pour les hommes, le couvent ou une maison de force quelconque pour les femmes.

1. *Les Criminelles*, p. 225.

§ 4. — *Droit intermédiaire et Code pénal de 1810*

Avec le Code pénal du 25 septembre 1791, un phénomène inattendu se produit : c'est la disparition complète de l'assimilation de la bigamie à l'adultère qui devient impuni, tandis que la bigamie reste un crime frappé de douze ans de fers. Et cependant le législateur a rendu le divorce très facile par l'admission du consentement mutuel et de l'allégation d'incompatibilité d'humeur, et par la séparation de fait. Il avait voulu protéger la liberté individuelle « dont un engagement indissoluble serait la perte » (loi du 20 septembre 1792). Les raisons de la nouvelle différence dans la nature et dans la répression de la bigamie et de l'adultère nous sont indiquées par Monseignat, rapporteur au Corps législatif : « L'opinion, dit-il, semble excuser ce que la loi doit punir ; une espèce d'intérêt accompagne le coupable, les railleries poursuivent la victime. Cette contradiction entre la loi et l'opinion a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits, ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. »

Étant donné ces dispositions de l'opinion, nous ne sommes pas étonné d'entendre les orateurs, dans les discussions préparatoires du Code pénal de 1810, employer les expressions les plus énergiques pour flétrir le crime de bigamie en parlant « de cet

adultère, compliqué de faux, cette contrefaçon sacrilège du mariage et de la famille qui introduisait dans les foyers une confusion et un désordre qui se communiqueraient au corps entier de la société ». Portalis, de son côté, tient le même langage à la séance du 16 ventôse de l'an II. « Législateurs, dit-il, les familles sont la pépinière de l'État, et c'est le mariage qui forme les familles. De là les règles et les solennités du mariage qui ont toujours occupé une place distinguée dans la législation civile de toutes les nations policées... » Il faut que la foi conjugale ne soit pas partagée entre deux contrats subsistants, afin que le mariage conserve cette unité qui forme dans la vie domestique comme dans les mœurs publiques, la plus noble et la plus touchante des harmonies ». Il s'élève avec beaucoup de force contre la polygamie « qui entraîne nécessairement la servitude d'un sexe et le despotisme de l'autre. » Ces travaux préparatoires aboutirent à la rédaction d'un texte encore en vigueur, de l'article 340 du Code pénal conçu en ces termes. « Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. L'officier public qui aura prêté son ministère à un mariage connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. »

Le Code de 1791, outre la peine de douze ans de

fers, portait expressément que « en cas d'accusation du crime de bigamie, l'exception de bonne foi pourra être admise lorsqu'elle sera prouvée. » Cette disposition a disparu avec lui ; l'orateur au Corps législatif s'en est ainsi expliqué. « Si les auteurs du projet, dit-il, n'ont pas cru devoir reproduire textuellement cette exception, c'est moins pour la défendre que parce qu'il est inutile de l'énoncer ; elle est de droit commun, elle est consignée dans ce principe antérieur à tous les Codes, que là où il n'y a pas de volonté il ne peut y avoir crime ».

CHAPITRE II

ÉTUDE SPÉCIALE DU CRIME DE BIGAMIE

DÉFINITION

Nous en arrivons ainsi à l'étude de l'infraction elle-même. On peut la définir ainsi : une action dénommée « crime » qui consiste pour un individu, sachant que son premier mariage valable n'est pas encore dissous, à faire célébrer une seconde union également valable.

Le crime ne sera constitué et ne pourra, en conséquence, entraîner de condamnation que si la procédure suivie fait découvrir les éléments suivants :

- 1° Un premier mariage valable ;
- 2° Un second mariage valable ;
- 3° Une intention coupable.

§ 1^{er}. — *Question préjudicielle*

a) *Importance de la question.* — Les deux premiers éléments constitutifs, les deux mariages suc-

cessivement contractés. soulèvent une très grosse question : celle de leur validité (1).

Ce serait une injustice de condamner comme bigame un individu dont l'un des deux mariages serait préalablement reconnu nul. Dans ce cas, des deux mariages, un seul subsiste ; un élément constitutif de l'infraction disparaît et avec lui la culpabilité elle-même. Si la nullité affecte le premier mariage, en donnant à l'article 340 du Code pénal une interprétation toute naturelle, on ne peut pas soutenir qu'un tel mariage aurait dû retenir celui qui l'a contracté dans de véritables liens. S'il s'agit du second mariage nul, on ne peut pas dire non plus, en prenant les termes du même article, que ce mariage ait été véritablement contracté.

Ici, le prévenu ou l'accusé se trouve dans une situation qu'il n'a très probablement pas recherchée : s'il est reconnu non coupable, il voit néanmoins prononcer, avec toutes ses conséquences de droit, l'annulation du mariage auquel il tenait le plus.

Nous allons plus loin : il n'y aurait pas bigamie, alors même que la nullité qui entache le premier mariage n'aurait pas encore été déclarée judiciairement.

1. Nous tenons à faire remarquer tout de suite que la nullité dont peut être atteint le second mariage n'est pas, bien entendu, celle dont s'occupent les articles 147 et 188 du Code civil, et qui résulte de la non dissolution d'un mariage antérieur valable, mais une autre nullité qui lui serait propre.

C'est déjà la solution du Parlement de Paris dans trois arrêts du 11 mars 1660, du 23 mars 1697 et du 29 décembre 1781.

C'est aussi l'opinion de Merlin. Voici comment il s'en expliquait devant la Cour de Cassation dans un réquisitoire justement demeuré célèbre⁽¹⁾ : « Peut-on condamner un accusé avant que la preuve du crime qui lui est imputé soit acquise d'une manière irréfragable ? Non, sans doute. Peut-on le condamner sans avoir la certitude que l'action qui constitue son crime prétendu ne perdra pas, par un événement qui peut survenir, le caractère de crime ? Non encore. Peut-on le condamner provisoirement ? Pas davantage.

« Cependant, qu'arriverait-il si le condamné pour bigamie faisait ensuite déclarer son mariage nul ? Qu'arriverait-il si, après sa condamnation, son premier époux se pourvoyait en nullité de son mariage, et obtenait un jugement qui le déclarât non valablement contracté ? car, assurément, la condamnation du prétendu bigame n'éteindrait ni son action, ni celle de son premier époux en nullité du premier mariage. Certainement on serait obligé de reconnaître que le prétendu bigame a été condamné comme tel avant que son crime fût constaté, qu'il a

1. Dalloz, v^o *Bigamie*, n^o 11.

été condamné avant que l'action qui lui était imputée fût irrévocablement jugée criminelle ; en un mot, qu'il a été jugé provisoirement.

« Mais tout en reconnaissant ces tristes vérités, quel remède aurait-on pour faire cesser une condamnation qui, par l'événement, se trouverait sans base ? La loi n'en a indiqué aucun et les juges seraient sans pouvoir pour suppléer à son silence. Ainsi le condamné subirait la peine de bigamie, même après la preuve solennellement prononcée qu'il n'est pas bigame. Un système qui conduit à des résultats aussi absurdes ne peut pas être plus d'accord avec la loi qu'il ne l'est avec l'humanité et la raison ». L'opinion contraire s'était fait jour dans la jurisprudence et c'est ainsi qu'un arrêt de cassation, en date du 16 janvier 1826, déclarait dans ses motifs : « Que, tant qu'un mariage n'a pas été annulé par les juges compétents, il est réputé subsistant ». Nous venons de voir à quelles conséquences inacceptables conduit cette présomption de validité.

L'individu, comme le fait encore observer Merlin, qui a ainsi contracté un mariage nul et qui a connaissance de cette nullité, aurait dû régulièrement la faire déclarer avant de contracter un second mariage ; en n'agissant point de la sorte, il s'est rendu coupable d'une négligence tout à fait blâmable ; et il est très regrettable que le législateur ne l'en n'ait pas puni en érigeant cette négligence en délit. S'il avait eu

cette sévérité, il aurait trouvé un châtiment approprié à la conduite du prétendu bigame. La situation serait tout de suite apparue sous son véritable jour. Le premier conjoint se serait abstenu soit de faire usage de son droit d'opposition, soit de se pourvoir au civil avant toute poursuite criminelle, soit de se porter partie civile au procès ; le ministère public ne se serait pas cru en devoir de poursuivre ; le second conjoint, resté étranger aux agissements du soi-disant bigame, n'aurait pas eu à redouter l'annulation de son propre mariage.

Il y a donc un intérêt primordial à ce que la question de validité des deux mariages soit tranchée avant celle de culpabilité.

Et c'est à tort que la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 16 janvier 1826 (1), avait décidé : n'est pas sujet à cassation l'arrêt des mises en accusation qui ne renvoie pas l'accusé devant les juges civils pour cause de nullité de l'un des deux mariages alors même que cette nullité résulterait d'actes authentiques produits devant la Chambre d'accusation ; c'est à l'accusé qu'il appartient de provoquer ce renvoi au moyen d'une question préjudicielle (2).

1. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 340, n° 13 et Répertoire Dalloz, *Bigamie*, n° 47.

2. Cet arrêt était intervenu dans une espèce assez intéressante : Une sieur Moureau, déjà marié, avait contracté un second mariage avec une demoiselle Chapuis ; puis, peu de temps après un troisième mariage avec une demoiselle Foubert. Entre la célé-

Le sort de l'accusé de bigamie ne saurait dépendre de cette circonstance qu'il n'a pas fait valoir la nullité de son mariage antérieur par la voie de la question préjudicielle, surtout lorsqu'il a produit à l'appui de sa prétention des actes authentiques mis entre les mains de ses juges. La décision de la Cour de Cassation, si elle avait été réitérée, était d'autant plus grave que, comme nous le verrons plus loin, la Cour suprême admettait deux ans plus tard cette solution : l'exception préjudicielle opposée sans succès par la prévenue de bigamie devant la Chambre d'accusation ne peut l'être de nouveau par lui devant la Cour d'Assises. Ainsi la nullité injustement écartée risquait de passer pour définitivement inexistante.

D'une façon générale, la question qui doit être ainsi jugée avant l'autre est dite « préjudicielle ». Elle prend naissance toutes les fois que « les faits articulés, dit l'article 182 du Code Forestier, sont

bration, de la seconde union et celle de la troisième, la première s'était trouvée dissoute par la mort de la première épouse; d'autre part, le crime de bigamie, résultant de la coexistence des deux derniers mariages, était atteint par la prescription décennale. Grâce à ce concours de circonstances, le sieur Moureau ne pouvait pas être poursuivi. Néanmoins, il fut renvoyé devant la Cour d'Assises comme accusé de bigamie à raison de son dernier mariage. Il se pourvoyait alors en cassation et soutenait que son second mariage était nul parce qu'il avait été contracté pendant l'existence d'un mariage antérieur; que, dès lors, l'accusation de bigamie manquait de base; et, que la Chambre d'accusation aurait dû apprécier d'office la nullité invoquée du moment qu'elle avait sous les yeux le premier acte de mariage.

de nature, dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout caractère de délit ». La jurisprudence a vu dans cet article une règle générale. Mais les textes de loi, qui posent le principe pour notre matière, sont les articles 189, lorsque la nullité du premier mariage est invoquée, et 188 du Code civil lorsqu'il s'agit de la nullité du second mariage (1).

Comme nous le verrons plus tard, au chapitre suivant avec l'étude de la question de compétence, l'exception préjudicielle opposée du chef de la nullité du second mariage ne présente pas en pratique une importance sérieuse (2). En effet, si le premier mariage est valable, le second est, d'ores et déjà, frappé de nullité par suite de la non dissolution du premier. Si celui-ci est nul, l'accusation disparaît et le premier conjoint perd son droit d'intervention.

La question préjudicielle en matière de bigamie pose deux points d'interrogation : quand y a-t-il lieu à question préjudicielle ? S'il est reconnu qu'il y a question préjudicielle, quelle compétence entraîne-t-elle pour être jugée. Nous renvoyons l'examen de

1. ART. 188. — L'époux, au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité du vivant même de l'épouse qui était engagée avec lui.

ART. 189. — Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.

2. Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, t. V, n° 225.

cette dernière question au chapitre suivant consacré aux poursuites contre la bigamie.

2° *Quand y a-t-il lieu à question préjudicielle.* —

Le premier problème revient à se demander si toute nullité absolue ou relative du premier ou du second mariage constitue une question préjudicielle. Celle-ci ne présente d'intérêt qu'à la condition que la nullité, qui en est l'objet, soit regardée comme ayant mis à néant l'union qu'elle entache et, par voie de conséquence, l'infraction elle-même.

Dans la doctrine on rencontre deux opinions. La première soutient que la nullité absolue ou relative du second mariage fait disparaître le crime ; pour le premier mariage elle distingue : sa nullité absolue produirait le même effet ; sa nullité relative, laisserait subsister le crime, parce que, simplement annulable, l'union en question diminuerait, jusqu'au jour de son annulation (1).

La seconde opinion, au contraire, fait valoir que le premier mariage, même entaché d'une nullité relative ferait disparaître le crime pour cette raison que toute nullité, absolue et relative, rétroagit au jour de la célébration et que de deux, il n'y a plus qu'un mariage valable : le second (2).

1. Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels*, t. I, p. 38. — Carnot, *Instruction criminelle*, III, 57. — Le Graverenc, *Traité de législation criminelle en France*, t. I, p. 56. — Morin, *Répertoire général de Droit criminel*, v^o quest. préj., n^o 17.

2. Fuzier-Herman, *Répertoire alphabétique de Droit français*,

La jurisprudence, elle aussi, est loin d'avoir adopté toujours la même solution. Nous négligeons les arrêts rendus antérieurement au Code de 1810 : ils ne présentent plus aujourd'hui aucun intérêt. Mais dès 1811, la Cour de Cassation eut à se prononcer dans une affaire restée célèbre. Il s'agissait d'un nommé Billecart, qui, poursuivi pour bigamie, soutenait que son premier mariage était entaché de quatre nullités relatives. La Chambre des mises en accusation de Nancy renvoya l'accusé directement devant la Cour d'Assises en dépit du réquisitoire du procureur général qui concluait à l'octroi d'un sursis de trois mois pour laisser l'accusé faire juger la nullité de son premier mariage.

Pourvoi en cassation. — C'est à cette occasion que Merlin, alors procureur général à la Cour suprême, prononça un fameux réquisitoire dont nous avons déjà cité un passage. « La question, disait-il, de savoir si la Cour de Nancy a pu écarter les moyens de nullité proposés par Billecart en renferme trois. La nullité de l'un des mariages contractés par l'accusé de bigamie forme-t-elle une question préjudicielle et le préserve-t-elle de l'application de la peine ? Il y a lieu de répondre par l'affirmative, attendu qu'un

v° *bigamie* n° 16. — Répertoire Dalloz, v° *bigamie*, n° 11. — Chauveau et Hélie. *Théorie du droit pénal*, IV, 1673. — Hoffmann, *Questions préjudicielles*, II, 481. — Garraud, *Traité de Droit pénal*, IV, 532.

mariage nul n'étant pas un mariage, on ne saurait punir comme bigame celui qui n'avait été réellement marié qu'une seule fois. Les deux autres questions sont relatives à la compétence dont nous parlerons plus loin ; les tribunaux sont-ils compétents pour juger cette exception de nullité ? Une distinction s'impose : ou le bigame excipe de la nullité de son premier mariage et, dans ce cas, les juges criminels doivent surseoir et renvoyer devant les juges civils ; ou il excipe de la nullité du second et alors les tribunaux criminels peuvent prononcer. Les juges criminels sont-ils aussi compétents pour juger les fins de non recevoir relatives aux nullités opposées par l'accusé contre son premier mariage ? Il faut encore ici faire une distinction : s'il s'agit des fins de non recevoir qui s'attachent à une action déjà formée devant un autre tribunal que celui devant lequel on les propose, elles ne peuvent être jugées que par le tribunal de l'action. S'agit-il, au contraire, d'exceptions qui se rattachent à une action non encore formée ou une action qui n'a été portée qu'au tribunal devant lequel on propose ces exceptions, alors ce tribunal peut les examiner et, s'il y a lieu, les rejeter.

Merlin après avoir établi, d'après ces règles, que la Chambre des mises en accusation de Nancy avait pu et dû examiner si Billecart était recevable à proposer des moyens de nullité contre son mariage, prend les unes après les autres les quatre nullités présen-

tées et constate qu'il existe pour chacune d'elles une fin de non recevoir. En conséquence, il conclut au rejet du pourvoi, La Cour de cassation, adoptant ces conclusions, rendit le 8 août 1811, un arrêt de rejet (1) motivé sur cette raison que les nullités invoquées étaient couvertes.

En 1813, nous rencontrons un document aussi célèbre que le réquisitoire de Merlin : c'est la note secrète que Barris, alors Président de la section criminelle de la Cour de Cassation, rédigea sur les questions préjudicielles et que les magistrats de la Cour adoptèrent à l'unanimité. Cette note qui avait pour but principal de fixer les règles de compétence tranche en même temps la question qui nous occupe, à savoir : de l'influence des nullités de mariage sur l'existence de l'infraction. Elle ne parle pas de la question préjudicielle soulevée par la nullité du premier mariage.

En voici le passage — N° 8 de la note : « Si un individu accusé de bigamie propose pour moyen de défense la nullité de son premier mariage, la Chambre d'accusation ou la Cour d'Assises devront-elles surseoir à la mise en accusation ou à la condamnation et envoyer devant les tribunaux civils pour y être préalablement statué sur la validité de l'acte de mariage ?

1. *Sirey chronologique.*

Cette question se décide par une distinction : ou bien il s'agit d'une nullité absolue, c'est-à-dire d'une de ces nullités à raison desquelles le ministère public peut et doit demander la nullité du mariage ainsi qu'il est prescrit par l'article 190 du Code civil et qui sont rappelées dans l'article 184 du même Code (1), sous la modification de l'article 185 (2) et, dans ce cas, il y a lieu à surseoir et à renvoyer devant les tribunaux civils.

La nullité absolue n'opère pas, en effet, une simple résolution ou dissolution du mariage, elle fait que ce lien n'a jamais existé, et, d'après l'article 340 du Code pénal, il n'y a crime de bigamie que dans un second mariage contracté par celui qui est engagé dans les liens d'un premier mariage. Ce genre de nullité qui exclut, quand la nullité existe, le fait de la prévention ou de l'accusation, ne peut être jugé par les tribunaux criminels, parce que l'état civil du prévenu dépend du jugement qui doit être porté et que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état.

Ou bien la nullité proposée par le prévenu de bigamie contre son premier mariage n'est que relative, c'est-à-dire qu'elle ne rentre pas dans les articles 144,

1. Ces nullités sont : le défaut d'âge requis pour se marier, l'existence d'un précédent mariage, la parenté ou l'alliance des époux à un degré prohibé.

2. Suivant cet article la nullité résultant du défaut d'âge peut être couverte.

147, 161, 162 et 163 du Code civil, le dit article 144 appliqué avec la modification de l'article 185 et, dans ce cas, il n'y a lieu ni à sursis, ni à renvoi. *L'exception de cette espèce de nullité, fût-elle prouvée, ne détruirait point l'accusation, parce que, si le mariage pouvait être dissous par un jugement sur cette nullité, il n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux.* Le prévenu était donc engagé dans les liens d'un précédent mariage. Son second mariage l'a donc rendu coupable de bigamie tel qu'il est caractérisé par l'article 340 du Code pénal.

La Chambre d'accusation ou la Cour d'Assises ont, sans difficulté, caractère pour décider dans quels articles du Code civil rentre la nullité proposée par le prévenu et conséquemment pour rejeter l'exception, si elle ne paraît leur porter que sur une nullité relative. »

La Cour de cassation, dans ses arrêts du 19 novembre 1807 et du 26 août 1819, s'est conformée à cette théorie (1).

La Cour de Cassation, en ratifiant et en appliquant dans des espèces particulières les idées du Président Barris, faisait fausse route. Elle avait d'abord contre elle l'autorité de l'ancien droit, qui n'avait jamais fait la distinction proposée : le prévenu ou l'accusé de bigamie était toujours admis à opposer la nullité

1. Mangin, *Traité de l'action publique*, t. I, n° 196.

de son premier mariage, qu'elle fût absolue ou relative.

Elle se heurtait aussi à l'opinion de Merlin, qui, dans son fameux réquisitoire, s'élevait avec beaucoup de vigueur contre l'extension supposée de l'article 340 du Code pénal à ceux qui, après un premier mariage nul, d'une nullité absolue ou relative, en auraient contracté un second. « Et de quel droit, disait-il, les tribunaux pourraient-ils se permettre une pareille extension ? Serait-ce parce que le premier mariage est présumé de droit avoir été contracté valablement ? Serait-ce parce qu'il est présumé former un lien légal tant que l'annulation n'en est pas prononcée ? Mais les présomptions ne peuvent jamais empêcher l'effet de la vérité lorsqu'elle vient à se manifester ; elles ne peuvent conséquemment pas empêcher qu'un mariage reconnu nul par jugement ne soit déclaré tel non seulement à compter du jour de son annulation, mais même dès son principe, dès qu'il a été contracté. »

Du reste, la Cour de Cassation elle-même est revenue sur son erreur dans un arrêt rendu le 13 novembre 1867 (1) en matière d'adultère, mais conçu en termes généraux. Elle cassait un arrêt de la Cour de Paris qui confirmait un jugement du Tribunal de la Seine et qui s'exprimait ainsi : « Considérant que les nullités ainsi relevées par la prévenue

1. S. 1867-341-9; D. 1867-1-353.

(d'adultère) sont des nullités relatives ; — *que de semblables nullités, à la différence de nullités absolues, ne sont pas préjudicielles à la poursuite en adultère...* Considérant que, lors même que son mariage viendrait à être annulé, par suite des nullités qu'elle soulève, elle n'en devrait pas moins être condamnée, si les faits d'adultère antérieurs à cette annulation étaient prouvés. La Cour confirme... » La Cour suprême cassa cet arrêt en appuyant sa décision sur les motifs suivants : « Attendu qu'il importe peu au point de vue de l'adultère, que le mariage soit annulé à raison d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ; que l'une et l'autre de ces nullités prennent naissance au jour de la célébration du mariage ; que les effets remontent nécessairement à cette date et sont identiquement les mêmes ; attendu qu'en déniaut à l'exception proposée par la défenderesse le caractère d'une question préjudicielle, *en admettant, quant aux effets des nullités de mariage, une distinction qui n'est dans aucune loi*, et en refusant de surseoir jusqu'au jugement définitif sur la demande en nullité de mariage, la Cour de Paris a formellement violé les articles 336, 337 du Code pénal et 326 du Code civil et méconnu les règles de la compétence ; Casse »

On ne saurait s'exprimer en meilleurs termes : si théoriquement la nullité absolue est seulement constatée tandis que la nullité relative doit être prononcée en justice, en fait, ni l'une ni l'autre ne sont de

plein droit. Si la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé et ne se prescrit jamais tandis que la nullité relative ne peut être proposée que par certaines personnes et se couvre au bout d'un laps de temps déterminé, variable suivant les cas, il faut une annulation régulière de l'acte que l'une ou l'autre entache pour faire cesser les effets que cet acte n'aurait jamais dû produire ; et les conséquences de l'annulation remontent au jour où l'acte a pris naissance.

D'accord avec ces principes, la jurisprudence s'est fixée en ce sens : toute nullité absolue ou relative du premier ou du second mariage empêche le crime de bigamie d'être constitué et, par conséquent, pour son jugement, fait l'objet d'une exception préjudicielle.

Telle est aussi notre conclusion sur cette première question que nous avons posée (1).

Nous croyons intéressant de signaler un effet très curieux de la mort civile, ancienne peine accessoire des jugements par contumace : un individu ainsi condamné et engagé dans les liens d'un premier mariage, se rendait ou non coupable de bigamie suivant qu'il contractait un second mariage avant ou après l'expiration des cinq années depuis la

1. Garraud, t. V, n° 1897. — Garçon, *Code pénal annoté*, art. 340, n°s 15 et 23. — Hoffmann, t. II, n° 481. — Rennes, 17 août 1879. S. 1881. 2. 129 ; D. 1880. 2. 189.

décision de justice. En effet, aux termes de l'article 27 du Code civil, la mort civile, qui comptait parmi ses nombreux effets la dissolution du mariage, n'était acquise contre le condamné que cinq ans après le jugement par effigie.

Cette disposition de loi, aujourd'hui abrogée, et ses conséquences sont rappelées par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 février 1819 (1). Le général Sarrazin, étant à l'armée de Boulogne, déserta et passa en Angleterre ; un Conseil de Guerre le condamna à mort par contumace. Dès 1813, il épousa en secondes noces, à Londres, Georgiana Hutchinson ; le 14 mai 1817, il contracta un troisième mariage avec Marie Delort, à la mairie de Penne (Lot-et-Garonne). Le 27 août 1818, la demoiselle Hutchinson porta plainte en bigamie contre Sarrazin, sur le fondement qu'au moment où il l'avait épousée, il était engagé dans les liens d'un premier mariage et qu'il en avait contracté un troisième avant la dissolution des deux premiers. La Cour de Cassation, par application de l'article 27 du Code civil, déclare l'accusé coupable de bigamie à raison de la seconde union, célébrée avant l'expiration de cinq ans à dater du jugement par contumace.

1. Affaire Sarrazin contre ministère public. Dalloz v° *bigamie*, n° 16.

§ 2. — *Rôle du deuxième mariage dans la formation de l'infraction*

1° *Cas où ce mariage bien que nul laisse subsister l'infraction.* — Nous venons de dire que le second mariage nul fait disparaître l'infraction et, par voie de conséquence, la culpabilité elle-même. Cependant on doit apporter à cette affirmation quelques tempéraments.

Il est certain que, si le mariage considéré est affecté d'une nullité absolue, il ne peut avoir de caractère criminel, parce que son annulation est certaine, même en l'absence d'une union antérieure non dissoute. L'individu qui l'a volontairement contracté, se sachant engagé dans les liens d'un précédent mariage, n'a donc pas pu commettre le crime prévu et réprimé par l'article 340 du Code pénal. Il y a là une tentative d'un crime impossible que la loi ne punit pas. Mais si le second mariage est entaché d'une nullité simplement relative, il y a lieu de faire des distinctions. Supposons que le prétendu bigame invoque lui-même cette nullité : par exemple, au moment de la célébration dudit mariage, sa volonté n'a pas été libre, il a été victime de l'erreur ou de la violence ; ou bien il était encore mineur et ses ascendants n'ont pas donné leur consentement.

Dans une seule hypothèse, il échappe à la représ-

sion : c'est lorsqu'il obtient l'annulation de ce mariage après avoir agi avant toutes poursuites, désireux de réparer le mal qu'il a fait, de revenir à sa première femme et de rendre sa liberté à celle qu'il a indûment épousée. Il n'y a plus seulement qu'une tentative ayant manqué son effet par la volonté même de l'auteur, tentative qui, d'après l'article 2 du Code pénal (1), par un raisonnement *a contrario*, n'est pas punissable. Le bénéfice de la même impunité semble devoir être accordé en faveur du second conjoint du prétendu bigame, complice de la fraude. Mais si l'annulation, demandée dans les conditions que nous avons dites, n'est pas obtenue, les choses restent en l'état.

Au contraire, si maintenant le prévenu ou l'accusé de bigamie attend que les poursuites soient commencées contre lui pour opposer l'exception de nullité contre son second mariage, il n'est plus digne de bienveillance : il se sert de cette nullité comme d'un stratagème propre à lui permettre d'échapper à une condamnation qu'il sent inévitable. Son entreprise vient-elle à échouer, l'exception soulevée est-elle repoussée pour insuf-

1, Voici le texte de cet article modifié par une loi postérieure du 28 avril 1832 : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution si elle n'a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que *par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur*, est considérée comme le crime lui-même. »

fisance de preuves ou prescription de la nullité invoquée, sa culpabilité demeure entière.

Les charges contre l'accusé resteront aussi les mêmes au cas où c'est un tiers qui fait valoir victorieusement la nullité qui lui est personnelle et obtient l'annulation du mariage : alors le crime n'a manqué son effet que par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur.

Lorsqu'à l'inverse la nullité proposée par l'agent est reconnue en justice et son second mariage annulé, sa situation n'est guère améliorée : ici l'intention coupable, dernier élément constitutif de l'infraction, est prédominante, elle est en l'occasion assez forte pour maintenir au point de vue pénal le mariage annulé, désormais inexistant au regard de la loi civile. Par application de l'article 2 du Code pénal, nous nous trouvons en présence d'une tentative qui a manqué son effet seulement à la faveur d'une circonstance indépendante de la volonté de son auteur. En pensant ainsi nous ne faisons que nous rallier à l'opinion de Blanche (1). « Mais de ce que la seconde union, dit-il, ne peut devenir un des éléments de la bigamie qu'autant qu'elle est valable, il ne faut pas conclure que si cette union est viciée par quelque irrégularité qui lui soit propre, elle ne pourra pas constituer la tentative du crime.

1. *Études pratiques sur le Code pénal*, t. V, n° 225.

Pourquoi n'appliquerait-on pas, ici comme ailleurs, le principe général de l'article 2 du Code pénal. Si donc le second mariage, manifesté par un commencement d'exécution, n'a manqué de l'une de ces conditions substantielles que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'inculpé, celui-ci devra être poursuivi et condamné comme coupable de tentative de bigamie. La Cour de Cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 28 juillet 1826. »

2° Importance du second mariage valable en soi dans l'exécution du crime. — Tentative non punissable. — Tentative punissable. — Crime consommé. — Bigamie délit instantané. — Point de départ de la prescription. — La célébration du second mariage valable en soi a une importance de premier plan dans l'exécution du crime. Suivant les formalités plus ou moins nombreuses, accomplies ou volontairement provoquées par l'agent et qui composent en fait cette célébration, celle-ci sera parfaite ou incomplète, le crime sera consommé ou ne le sera pas. Il y a donc une véritable gradation à établir dans l'échelle de la culpabilité : à mesure que l'auteur pousse plus loin la réalisation de son projet criminel, se rapproche davantage du moment où l'exécution du contrat qu'est le second mariage, devient définitive, il aura commis : une tentative non punissable, une tentative punissable ou un crime consommé.

Ainsi la Cour de Cassation a décidé que la signa-

ture du contrat de mariage, précédant la célébration de la seconde union, ne constitue pas même une tentative punissable : il y a là un simple acte préparatoire insuffisant pour constituer un commencement d'exécution aux termes de l'article 2 du Code pénal (1). Le fait par un individu d'avoir effectué des démarches auprès de l'officier de l'état civil pour requérir la publication des bans et fixer le jour de la célébration du mariage revêt le même caractère (2).

Dans un arrêt de la Cour de Cassation en date du 28 juillet 1826, on lit cet attendu significatif. « Que la loi, n'ayant point défini les circonstances qui forment le commencement d'exécution, en a confié l'appréciation aux jurés. » Il y a donc là une pure question de fait qui échappe à la compétence du juge.

Mais les auteurs ne sont pas d'accord sur cette question capitale de savoir quand il y a tentative punissable, autrement dit sur la ligne de démarcation à établir entre les actes dits préparatoires et ceux qui marqueraient vraiment le commencement d'exécution.

D'après l'opinion de Chauveau et Hélie et de M. Gar-

1. Cass., 7 frimaire an X, *Journal du Palais*, vol. 2, p. 371.

2. Ceci a été plusieurs fois jugé : Angers, 29 mai 1829. *Rép. Dalloz*, V^o bigamie n^o 22 et la note. — Cass., 23 mars 1839. D. 40. 1. 386. — Paris, 30 juin 1840. *Journ du Palais*, 40. 2. 318. — Douai, 26 août 1836. S. 37. 2. 167. — Paris, 30 juin 1849. *Rép. Dalloz*, V^o tentative, n^o 67.

raud — que nous faisons nôtre — la distinction doit être faite entre les actes antérieurs à la célébration et ceux qui composent cette célébration. « La tentative est punissable, dit M. Garraud (1), dès le moment où la célébration étant commencée devant l'officier de l'état civil, procédant à la lecture des pièces indiquées à l'article 75 du Code civil, ces formalités viennent à être interrompues, fortuitement ou par une circonstance indépendante de la volonté de l'agent, telle que la révélation, par l'époux trahi ou par un tiers, d'un précédent mariage. La célébration apparaît donc ici comme l'acte matériel du crime.

Pour d'autres auteurs, au contraire, même les actes constitutifs de la célébration ne présentent pas tous un caractère délictuel. Selon M. Bénéch, par exemple, il n'y a de tentative criminelle qu'avec un mariage accompli. « Le mariage, dit-il (2), consiste tout entier dans un fait simple, indivisible ; on est tout au delà ou tout en deçà, on ne commence pas à être marié pour partie en restant à marier pour une autre partie ». Il y a une objection immédiate à faire à cette manière de voir : avec un mariage accompli, c'est-à-dire un mariage dont la célébration est terminée, on se trouve en présence du crime

1. *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. IV, n° 536. — Dans le même sens ; Ch. et H., *T. du dr. p.*, t. IX, n° 1675.

2. *Revue de Législation*, fév. 1841, p. 133.

consommé. « On est tout au delà ou tout en deçà », déclare M. Bénech : il n'y a donc plus de moyen terme, plus de place pour la tentative punissable ; l'agent est innocent ou il est coupable d'emblée du crime lui-même. »

Cette opinion est étayée sur des formules de langage très séduisantes mais qui ne résistent pas, quant au fond, à un examen sérieux. Du point de vue concret où nous devons nous placer, c'est-à-dire du point de vue de la célébration du mariage, il n'est pas vrai de dire que celui-ci se résume dans un fait unique : il se matérialise dans un ensemble d'actions et de paroles, accomplies ou prononcées par les époux ou bien volontairement provoquées par eux. Au regard de la loi civile, la façon de penser de M. Bénech est juste : il est certain que, pour le civiliste, un mariage dont la célébration est incomplète, c'est le néant ; les parties restent étrangères l'une à l'autre, et ne sauraient parfaire leur union en provoquant l'achèvement de l'exécution interrompue. Mais l'attitude du juge criminel est tout autre : pour qualifier l'acte commis, pour apprécier la culpabilité de l'agent, il procède en la circonstance à une véritable dissection, séparation des différentes formalités dont l'ensemble constitue l'exécution du mariage, le mariage lui-même matériellement parlant. Une célébration incomplète peut avoir une valeur, le crime est incomplet, il n'est pas con-

sommé, c'est entendu ; il peut cependant y avoir une simple tentative punissable, et, dans ce cas, une condamnation doit intervenir.

Enfin, l'agent devient irrémédiablement bigame et n'est plus seulement coupable de tentative, lorsqu'il ne révèle pas son union antérieure non dissoute ou qu'une autre personne ne l'a pas fait connaître avant que l'officier de l'état civil ne l'ait déclaré solennellement uni, au nom de la loi à son second conjoint. Les formalités qui suivent : la rédaction de l'acte de mariage et les signatures exigées par la loi ne sont que la constatation de ce qui a précédé, la constitution de la preuve du mariage lui-même.

Comme nous le verrons au chapitre suivant, consacré aux poursuites contre la bigamie, cette même célébration du second mariage sert de point de départ à la prescription du crime, qui est de dix ans, s'il n'a été fait aucun acte de poursuite ou d'instruction.

Suivant une opinion bien établie aujourd'hui, la bigamie reste dans la catégorie des délits instantanés. L'infraction, pour être commise, exige un seul acte d'exécution, qui entraîne la violation d'un seul lien antérieur ; elle est complètement formée dès l'expiration d'un temps plus ou moins long — mais temps unique — pendant lequel la seconde union a pris naissance.

§ 3. — *L'intention coupable. En quoi consiste-t-elle ?*

L'intention coupable, dernier élément constitutif de notre crime et à l'étude de laquelle nous arrivons maintenant, réside, elle aussi, dans la célébration du second mariage. C'est à ce moment-là qu'il faut se placer pour rechercher si elle existe ou si elle n'existe pas. L'agent a-t-il cru auparavant à la non-dissolution de sa précédente union et cette opinion ne s'est-elle pas maintenue au delà, un châtement ne peut être infligé. Cette hypothèse, il faut le reconnaître, est peu pratique : il n'est pas logique de supposer que l'auteur, après avoir eu le sentiment de sa véritable situation, ait sincèrement pensé qu'il n'était plus engagé dans les liens d'un mariage antérieur valable, au moment de comparaître pour la deuxième fois devant l'officier de l'état civil. La situation inverse pourra être plus fréquente : le prétendu bigame, après avoir été de bonne foi, acquerra la preuve que son union précédente n'était pas dissoute ou que, l'ayant crue nulle, elle subsiste dans toute sa régularité.

Enfin, l'intention coupable coïncide avec la célébration du mariage : en quoi consiste-t-elle exactement ? La réponse à cette question est absolument nette : elle a été donnée par la Cour de cassation

1. Rép. Dalloz. V° *bigamie*, n° 25.

dans un arrêt du 24 frimaire, an XII (1). Elle définit ainsi la bonne foi : « Que la bonne foi dont parle la loi, consiste non dans les motifs, quelque forts qu'ils soient, qui peuvent déterminer à un second mariage pendant l'existence du premier, mais de l'opinion raisonnable fondée sur de très fortes probabilités qui portent à croire à la dissolution du premier mariage. » La décision de la Cour suprême est d'autant plus à retenir qu'elle était intervenue de l'espèce suivante : un nommé Fontaine, accusé de bigamie et condamné comme tel à douze ans de fers, faisait valoir, comme moyen d'excuse, qu'il avait été forcé de quitter le pays de Luxembourg, qu'il habitait, pendant que ce pays était en guerre avec la France ; *que, sa qualité d'étranger l'avait rendu suspect. — que pour échapper aux dangers dont il était sans cesse menacé pendant les temps les plus durs de la Révolution, il n'avait trouvé d'autre moyen que de contracter un second mariage ; — que, dès que le pays de Luxembourg avait été soumis à la France, il s'était empressé de rejoindre sa femme et ses enfants.*

Il est certain que l'intention coupable, étant le fondement nécessaire de la culpabilité, est une question de fait de la compétence du jury. Le Code pénal de 1791, nous l'avons dit, avait, à tort, fait de l'exception de bonne foi l'objet d'un paragraphe spécial : il

1. Rép. Dalloz, V^o *Bigamie*, n^o 25.

en résultait que la question entraît dans le domaine du droit et devait être résolue par les magistrats de la Cour criminelle. La Cour de Cassation en avait ainsi décidé dans un arrêt du 22 août 1806 (1).

L'année suivante, elle jugeait : que l'accusé qui n'avait pas prétendu, pendant le cours du procès, et spécialement devant la Cour d'Assises, avoir contracté de bonne foi son second mariage, n'était pas recevable à se faire un moyen de cassation de ce que la question d'excuse, fondée sur la bonne foi, n'avait pas été posée au jury (2). La même solution s'impose aujourd'hui *a fortiori* puisque la bonne foi n'est pas une excuse légale.

2° *Multiplication des faits de bigamie au moment de la mobilisation par suite de la dispense des pièces régulières : circulaire du Parquet de la Seine, 5 août 1914. Critique.* — La guerre avait créé à ses débuts une situation sans précédent, exceptionnellement favorable aux manifestations de l'intention coupable dont nous venons de parler.

De nombreux mobilisés ou mobilisables à brève échéance s'étaient trouvés surpris au cours de leurs fiançailles par l'appel sous les drapeaux et ceux qui en avaient encore le temps, affluaient en hâte dans les Parquets pour obtenir toutes facilités, en vue

1. Rép. Dalloz, V° *Bigamie*, n° 27.

2. Cass., 27 février 1808, *loc. cit.*, n° 28

d'une célébration quasi-immédiate de leurs mariages. Le Procureur de la République de la Seine, leur donnant satisfaction dans la plus large mesure et agissant dans les limites de son ressort, adressait, le 5 août 1914, une lettre au Préfet de la Seine. Il accordait, *de toute urgence*, la dispense de publication prévue par l'article 169 du Code civil. Les bulletins et actes de naissance délivrés depuis plus de trois mois étaient considérés comme réguliers ; les mentions d'état civil portées sur les livrets militaires ou les livrets de famille pouvaient même les remplacer. Et d'une façon générale, les maires étaient invités « à se montrer très largement tolérants en ce qui concerne les pièces nécessaires à la célébration du mariage. »

Cette interprétation extrêmement bienveillante et même cette mise à l'écart temporaire des textes, en présence des nécessités de l'heure, n'allaient pas sans inconvénients : le raisonnement aussi bien que l'expérience le prouvent. Ainsi plus de publication pour les mariages de mobilisés au début des hostilités. C'était l'application automatique, non plus exceptionnelle, de l'article 169 du Code civil à toute une catégorie d'individus. La disparition du droit d'intervention des tiers, pour faire connaître les empêchements à ces unions, et spécialement l'empêchement résultant, d'après l'article 147 du Code civil, de la non-dissolution d'un premier mariage, en

découlait. Nous ne faisons pas seulement allusion au droit d'opposition soumis à une réglementation sévère, exercé restrictivement par certaines personnes pour certains motifs et donnant ouverture à une procédure longue et compliquée. Toute personne, quelle qu'elle soit, désireuse de dévoiler la situation véritable de l'un des futurs, trouvera un moyen beaucoup plus simple et plus efficace dans une démarche auprès de l'officier de l'état civil ou une lettre à lui adressée avant la célébration. L'officier de l'état civil ainsi averti se gardera bien de prêter son concours à la réalisation du projet de mariage sans avoir vérifié l'exactitude des allégations du tiers. Si ces allégations sont fondées, il s'abstiendra (1).

Nous avons dit, en temps et lieu, que la nécessité pour les futurs époux de délivrer un acte de naissance, qui n'ait pas plus de trois mois de date, constituait une des principales dispositions de la loi du 17 août 1897 et une des mesures les plus propres à faire respecter la prohibition de la bigamie. Le danger très réel qu'il y avait à passer outre à cette exigence justifiée du législateur, comme à octroyer les autres facilités, n'a pas échappé au Procureur de la République qui terminait sa circulaire en ces

1. Ce système, un peu en marge de la loi, mais non en contradiction avec elle, est préconisé par M. Ed. Lévy, secrétaire de la Commission de l'état civil.

termes : « La conduite et l'appréciation des officiers de l'état civil s'inspireront du souci dominant de constater, *sans risque de fraude ou de supercherie*, l'état civil des futurs époux ». Les fonctions des officiers de l'état civil devenaient, en la circonstance, particulièrement délicates : ils ne devaient pas se laisser tromper tout en procédant à une célébration aussi rapide que possible. Pour faire face à cette obligation avec toute la sûreté désirable, une grande expérience leur était nécessaire. Or, en bien des cas, cette expérience leur a manqué : la mobilisation avait contraint bon nombre de maires à un départ précipité et les fonctions d'officier de l'état civil étaient échues à leurs adjoints ou même à des conseillers municipaux, hommes de bonne volonté, mais, pour la plupart, totalement inexpérimentés. Il pouvait très bien se faire que le mobilisé ou sa fiancée, déjà engagé dans les liens d'une précédente union, réussit à faire accepter par l'un d'entre eux un acte de naissance dressé depuis plus d'un an, peut-être même plus ancien, et vierge de la mention révélatrice.

Le bulletin de naissance, lui non plus, ne reproduit pas cette mention, ni aucune autre portée sur l'acte de naissance. Si donc le futur époux, déjà marié produit ce simple bulletin, comme l'y autorise la circulaire, la loi de 1897 sera encore ici méconnue.

L'équivalence établie entre l'acte de naissance

régulier et les mentions d'état civil portées sur les livrets de famille est, elle aussi, critiquable. On ne saurait se faire illusion sur le mérite de l'institution du livret de famille, ni sur l'exactitude des renseignements qu'il fournit. Créé dans le département de la Seine à la suite d'un vœu de la commission chargée de la reconstitution des actes de l'état civil détruits pendant la Commune (1) et rendu obligatoire pour toute la France par l'article 130 de la loi municipale de 1884, il ne peut être rangé ni dans la classe des actes authentiques ni dans celle des actes sous-seing privé. A la différence des registres de l'état civil, ses feuillets ne sont pas en papier timbré, il n'existe aucune obligation à la charge de la mairie ou de l'intéressé de le tenir à jour, aucune contrainte exercée sur l'administration pour la déterminer à le remplacer en cas de perte, aucune pénalité à l'encontre de l'intéressé pour le forcer à réparer les omissions ou les erreurs. La fiancée du mobilisé, se disant ou étant réellement dans l'impossibilité de fournir un acte de naissance, allègue par surcroît la perte de son livret de famille, délivré lors de son premier mariage non dissous. Étant donnée l'urgence, va-t-on la marier sans preuve de sa véritable situation ? C'est peu probable. Aura-t-on recours à un procédé long, peu con-

1. Voir pour le détail et l'historique, la thèse de M. Alphonse Piron sur *le Casier civil*, p. 121 et s.

vainquant et de valeur nulle en matière de bigamie : à l'acte de la notoriété ? Nous pouvons aussi supposer que ladite personne, se mariant pour la troisième fois, aura produit son livret de famille qui, par un heureux hasard, ne porte pas trace de son second mariage encore subsistant. Ici pas de difficulté : l'union sera célébrée.

A l'inverse, il est arrivé que la femme se soit rendue complice de son mari bigame. Elle avait auparavant vécu maritalement avec lui et connaissait sa véritable situation, mais elle espérait qu'à la faveur des facilités exceptionnelles accordées, la bigamie de son mari ne serait pas découverte.

Quant au livret militaire (1), l'assimilation établie entre lui et l'acte de naissance était encore plus dangereuse. Le livret militaire mentionne seulement l'état civil de l'intéressé lors de son entrée au corps, il n'est pas tenu à jour. Et encore l'état civil indiqué par l'Administration de la Guerre est souvent erroné. Il est arrivé que des individus aient fait leur

1. Il est réglementé par les lois sur le recrutement du 15 juillet 1889 (art. 36) et 21 mars 1905, (art. 31, § 3), le modèle en usage portant le n° 26 est annexé à l'instruction ministérielle du 20 mars 1906. Voir pour les mentions qu'il doit contenir les circulaires ministérielles du 1^{er} avril 1899 (*Bull. off. du Ministère de la Guerre* p. 200); du 31 déc. 1902, *ib.*, p. 2.530; du 27 mai 1905, *ib.*, p. 704; du 29 mars et du 27 août 1906, *ib.*, p. 456 et 1.153; du 9 janvier 1907, *ib.*, p. 28 et du 6 janvier 1909, *ib.*, p. 63. Une peine disciplinaire est prévue contre le militaire en cas de perte (décret du 16 mars 1878, au *Jour. militaire off.* de 1878, note 1).

service militaire sous un faux nom. La plupart des jeunes gens, appelés au régiment à l'âge de vingt ans, ne sont généralement pas mariés et aucune mention de mariage ne figure sur leur livret militaire, lorsqu'il a été établi. Il est rare aussi qu'ils se marient, étant sous les drapeaux, auquel cas on trouverait la mention visée par la circulaire. Le plus souvent, ils attendent d'être rendus à la vie civile ; en la circonstance, il n'existe aucune obligation à la charge de la mairie de prévenir le bureau de recrutement pour lui permettre de faire la mention du mariage sur le livret militaire. Du reste, l'autorité militaire ne se fait aucune illusion sur la valeur du livret militaire au point de vue matrimonial. Lorsqu'elle veut connaître à cet égard la véritable situation de l'individu revenu depuis la mobilisation sous les drapeaux, elle le questionne pour savoir s'il est célibataire ou marié. Cette pratique achève de nous éclairer.

La critique que nous venons de faire risquerait de paraître bien théorique, si nous ne pouvions citer des faits à l'appui.

Dans les premiers temps de la mobilisation, une femme, dispensée par le Parquet de fournir son acte de naissance, produisit des pièces jugées équivalentes. Elle était venue à la mairie de C... pour faire publier ses bans. Elle affirmait que son fiancé et elle étaient célibataires. « Mais, il y a, dit-elle, un enfant à légitimer, né à C... ». L'employé se reporte à l'acte de nais-

sance qui contenait la formule : *reconnu par le père et né de mère non dénommée*. Questionnée, elle dut avouer qu'elle était déjà mariée et l'union projetée n'eut pas lieu.

Autre exemple : le 17 juillet 1915, le jury de la Seine acquittait un sieur Léonard Brissard, accusé de bigamie. Veuf en premières nocces, il avait épousé en mars 1908 une demoiselle Léonie Simonet qu'il abandonnait bientôt pour aller vivre chez sa mère avec son enfant, issu d'un premier lit. L'année suivante, il sollicitait, aux fins d'une instance en divorce, l'assistance judiciaire qui lui était refusée. Étant venu habiter Bagnolet avant la guerre, il faisait connaissance d'une demoiselle Madeleine Gauthier. Renvoyé dans ses foyers après avoir été mobilisé dans un régiment territorial, il revenait à Bagnolet et demandait à la jeune fille de se mettre en ménage avec lui. Comme elle lui répondit que jamais elle n'accepterait une situation irrégulière, il résolut, pour l'épouser, de profiter des dispenses de publication et de production des pièces régulières en fournissant l'acte de naissance qui lui avait été délivré lors de son mariage avec sa première femme et en justifiant régulièrement du décès de celle-ci, survenu le 26 septembre 1901. Le 15 février 1915, il épousait la demoiselle Gauthier, enceinte de ses œuvres quelques temps après.

Enfin voici un cas qui mérite d'attirer l'attention

parce qu'il constitue une exception à la manière de faire des bigames, qui, dans le but de dissimuler l'existence du premier mariage, se font ordinairement passer pour célibataires. Il s'agit d'un individu qui, déjà marié deux fois, se remariait une troisième du vivant de sa seconde femme et en l'absence de tout divorce. Il fournit à la mairie son premier acte de mariage, considéré comme l'équivalent de l'acte de naissance, et la transcription de jugement de divorce d'avec sa première femme.

Ce régime de très grande tolérance, qui résultait de l'application de la circulaire en question, semblait devoir suffire. Cependant, dans certains cas, le Parquet de la Seine méconnaissait les règles qu'il avait lui-même posées. Il n'exigeait pas pour remplacer l'acte de naissance la production d'une pièce jugée équivalente et s'en tenait à la promesse des futurs de rapporter ultérieurement l'acte de naissance qui, beaucoup s'en faut, n'a pas toujours été représenté. Des dossiers de mariage ouverts sont ainsi restés vides. « Il n'est pas téméraire d'affirmer, dit M. Ed. Lévy (1), que des mariages contractés alors par des gens déjà mariés se comptent par centaines et que la plupart de ces bigamies resteront inconnues » même en supposant que le futur époux ait indiqué exactement la date et le lieu de sa naissance.

1. Note dans *La Loi* du 3 nov. 1916 sous un jugement du Tribunal de la Seine du 6 janvier dernier.

En effet, dans ce cas, « une mention de second mariage sera apposée en marge de son acte de naissance, mais elle ne révélera pas la bigamie, car, si l'acte de naissance mentionne en marge les mariages successifs, elle ne mentionne ni la dissolution de ces mariages, ni, à plus forte raison, la cause de ces dissolutions : veuvage ou divorce. Néanmoins, à différentes reprises, la fraude a été découverte, les deux femmes du bigame demandant simultanément soit l'allocation d'épouse, soit la pension de veuve. »

Mais depuis quelque temps, le Parquet et les mairies du département de la Seine montrent une sévérité excessive dans l'application de la loi : on nous a cité l'exemple de jeunes gens qui faisaient des démarches depuis seize mois et qui ne sont pas encore parvenus à se marier, parce que la fiancée mineure, originaire des pays envahis, ne peut fournir le consentement de ses parents.

§ 4. — *Complicité*

L'article 340 du Code pénal ne se contente pas de définir le crime et d'amener les interprètes à en étudier les éléments constitutifs, il s'occupe, en outre, de la complicité en matière de bigamie dans un second et dernier paragraphe ainsi conçu :

« L'officier public qui aura prêté son ministère à ce

mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine ». On se demande aussitôt pourquoi ce cas spécial de complicité a attiré plus particulièrement l'attention des rédacteurs du Code pénal et pourquoi ils n'ont prévu que ce cas. Ces deux questions toutes naturelles ont fait surgir dans la doctrine deux opinions en sens contraire aussi déraisonnables l'une que l'autre.

Si l'alinéa 2 de l'article 340 n'existait pas, l'officier de l'état civil, a-t-on dit, ne pourrait pas être impliqué comme complice dans une poursuite pour bigamie. La preuve que la loi répressive a limitativement prévu les cas de complicité, c'est que dans une matière toute voisine, celle de l'adultère, l'article 338 prend soin de punir d'une peine déterminée le complice de la femme adultère. Malheureusement, pour ceux qui l'invoquent, l'argument se retourne contre eux. Faisons tout d'abord remarquer qu'une seule raison suffirait à justifier la présence de l'article 338 du Code pénal, c'est que le législateur, en l'écrivant, a voulu traiter plus sévèrement le complice de la femme adultère que la femme adultère elle-même puisqu'à l'emprisonnement vient s'ajouter une peine pécuniaire. Cette aggravation dans la répression de la complicité n'est pas de droit commun qui trouve son expression dans l'article 59 du Code pénal : « Les complices d'un crime ou d'un délit seront *punis de la même peine* que les auteurs de ce

crime ou de ce délit, *sauf dans les cas où la loi en aurait disposé autrement.* » C'est en vertu du même article qu'une jurisprudence constante a pu condamner comme complice la concubine du mari adultère, lorsque sa mauvaise foi a pu être prouvée, malgré le prétendu silence de la loi. Si l'alinéa 2 de l'article 340 n'existait pas, l'officier de l'état civil pourrait être tout aussi facilement convaincu de complicité, puisqu'aux termes de l'article 60, qui définit les faits de complicité, il rentrerait dans la catégorie de « ceux qui ont, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'ont préparée ou facilitée. »

L'opinion contraire voit la raison d'être de l'alinéa en question dans l'impossibilité d'impliquer comme complices du bigame des personnes autres que l'officier de l'état civil, en vertu du vieil adage « *inclusio unius est exclusio alterius* ». Ici encore nous ferons valoir les mêmes arguments que tout à l'heure. Les articles 59 et 60 du Code pénal qui, nous l'avons dit, représentent le droit commun en matière de complicité, doivent s'appliquer dans tous les cas y compris celui de la bigamie, puisque la loi, dans cette hypothèse, n'a prévu aucune exception expresse touchant la complicité. Donc, pourront être poursuivis comme complices du bigame, tous ceux à la charge desquels on relèvera les faits prévus à l'article 59 précité. Et tout d'abord le second conjoint du

bigame : cette hypothèse est de beaucoup la moins fréquente. Dans le cas ordinaire du mari bigame, la seconde épouse est une victime autant que la première femme : elle était jeune fille et elle a cru à la parole de son fiancé qui s'était donné comme célibataire. Mais si nous prenons le cas bien plus rare de la femme bigame, la complicité du second mari ne paraît pas très invraisemblable. Après avoir eu cette femme déjà mariée comme maîtresse, sous l'impulsion d'une passion violente, il l'a épousée, la déterminant ainsi à briser le lien déjà relâché qui l'unissait à son premier mari. En Italie, en Allemagne, en Hongrie, notamment, le Code pénal considère ce deuxième conjoint comme un véritable bigame. Dans notre pays, une pareille accusation ne pourrait peser sur lui que s'il était, lui aussi, déjà marié. Il y aurait alors deux crimes connexes englobés dans le même procès. Mais si nous supposons que le deuxième conjoint était célibataire, ce qui est ordinairement, on ne peut même pas voir en lui un co-auteur, puisqu'on ne peut lui reprocher, comme à l'auteur principal, la violation d'un lien antérieur et qu'en conséquence un des éléments essentiels de l'infraction fait défaut.

Les témoins à la célébration du deuxième mariage et les ascendants qui ont donné leur consentement à cette union, pourront être également poursuivis comme complices dans les mêmes conditions.

Cependant la véritable question n'est pas encore résolue. Quelle est la véritable portée de l'alinéa 2 de l'article 340 ? Non sans raison, M. Garraud (1) se demande si le texte a une utilité, en présence des opinions erronées que son interprétation a fait naître. Les travaux préparatoires ne nous éclairent pas ; Monseignat, dans son rapport au corps législatif, se contente de dire : « que cette disposition est une conséquence de l'évidence de la complicité de l'officier de l'état civil ». Dans l'obligation de prendre une décision, nous pensons que le Code pénal a prévu le cas spécial de complicité de l'officier de l'état civil par imitation du Code civil, qui punit certaines de ses négligences de peines pécuniaires. Seulement ici la simple insouciance ne suffit pas, il faut un fait positif : la célébration du second mariage à laquelle l'officier de l'état civil a volontairement procédé, sachant que l'un des futurs époux était engagé dans les liens d'une précédente union. Du reste de l'aveu même de M. Garçon (2), il ne paraît pas qu'un officier de l'état civil ait été jamais poursuivi pour complicité de bigamie.

1. *Op. cit.*, t. IV, n° 1538.

2. *Op. cit.*, art. 340, n° 41.

CHAPITRE III

POURSUITES CONTRE LA BIGAMIE

PREMIÈRE SECTION

LES DIFFÉRENTES ACTIONS AUXQUELLES DONNE LIEU LE CRIME DE BIGAMIE

§ 1. — *L'action publique. — Prescription*

Par application du droit commun, c'est-à-dire des articles 1 à 3 du Code d'Instruction criminelle, le crime de bigamie, comme toute infraction à la loi pénale, donne ouverture à l'exercice de l'action publique par le ministère public, représentant de la société qui a intérêt à faire cesser le scandale et à punir le coupable.

Cette action n'appartient pas aux particuliers ; cependant les personnes lésées, dont nous dresserons la liste, peuvent indirectement la mettre en mouvement par la voie d'une plainte au Procureur de la République. Le ministère public peut donc agir d'office contre l'individu soupçonné de bigamie ; au

contraire, en cas d'adultère, il doit attendre la plainte de la victime. La différence est facile à expliquer : l'adultère est la violation du devoir de fidélité et l'époux trompé reste juge de réclamer une condamnation ; le délit est, jusqu'à un certain point, d'ordre privé, et il garde ce caractère tant que l'offensé ne l'a pas fait connaître officiellement à la société, au moyen d'une plainte adressée au représentant de cette société, au ministère public. Le bigame, lui, d'emblée, brise le lien qui l'unissait à son conjoint, il ruine la famille dans son fondement, il menace l'organisation sociale dans son intégrité et porte atteinte à une prohibition d'ordre public. Comme nous l'avons déjà noté au chapitre précédent en parlant du rôle du second mariage dans la formation de l'infraction, l'action publique s'éteint par la prescription décennale, établie pour les crimes et qui court du jour de la célébration du deuxième mariage ou bien du dernier acte de poursuite ou d'instruction, s'il en a été fait.

Ainsi la célébration du second mariage peut marquer le point de départ du délai de dix ans : cela résulte du caractère instantané reconnu aujourd'hui au crime. Cependant certains auteurs, dans l'ancien droit, ont soutenu que la bigamie était un délit continu.

Rousseaud de la Combe écrivait (1) « Ce crime viole

1. Le Sellyer, *Exercice et extinction des actions*, t. II, n° 464.

la foi du sacrement de mariage et il est un *perpétuel adultère*. Il est très grave et rend tous juges des lieux où les bigames et polygames habitent, compétents d'en connaître » Muyard de Vouglans dans son *Traité des délits et de leurs peines* exprime une opinion identique.

Jousse (1) pense que « ce crime est très grave puisque, outre la profanation du sacrement, il est toujours joint à un *adultère continu*. » Dans le *Nouveau Denizart* et les répertoires de Guyot et de Merlin, le caractère successif est considéré comme inhérent à la bigamie.

Le Code du 3 brumaire an IV, dans son article 9, ne faisait courir la prescription que du jour où le crime avait été connu et légalement constaté. On avait proposé de faire une exception en faveur du crime de bigamie et de décider qu'il se prescrirait du jour de la célébration du deuxième mariage, puisqu'il était rendu suffisamment ostensible par cette célébration et la vie commune des époux. Mais l'idée fut repoussée.

Duvergier, au contraire, préconisait la solution actuelle : « Le crime ne consiste pas, dit-il (2) dans l'abandon de l'époux légitime, dans la cohabitation illégale ; il consiste dans l'acte dont le coupable a

1. *Traité de la justice criminelle de France*, vol. IV, t. XLIII, p. 51.

2. *Traité de législation criminelle*, t. I, p. 80.

voulu couvrir cet abandon, cette cohabitation, *il consiste dans le fait de la célébration du second mariage* ; il se forme, il se consomme à l'instant même du frauduleux engagement, contracté devant l'officier de l'état civil ». Ortolan écrivait dans le même sens (1) : « Après le premier acte accompli, les choses sont faites, la ligne du mal est franchie, il y a moins d'effort à rester dans l'état ainsi produit qu'il en faudrait pour en sortir. Ce qui prouve qu'à moins de raisons particulières bien déterminantes, c'est dans l'acte d'exécution que doit consister le délit et non dans le fait postérieur et continu d'avoir persévéré dans l'état produit par ce premier acte. Faites enfin cette réflexion que dans la plupart des cas, le premier acte, l'acte d'exécution, étant un fait actif, instantané, la suite n'offre plus guère chez l'agent qu'un rôle passif ou du moins une action d'une tout autre nature.

« Le délit, si on se place dans ces faits postérieurs, sera moins d'avoir fait que de n'avoir pas fait : délit de ne pas avoir restitué la chose volée, de ne pas avoir opéré la dissolution du mariage, entaché de bigamie en en faisant prononcer la nullité ; on voit combien la situation est différente de celle des délits véritablement continus dans lesquels c'est l'action

1. *Éléments de droit pénal*, t. I, n° 752.

elle-même qui se prolonge après son premier accomplissement, toujours identique avec elle-même. »

C'est l'opinion consacrée par la Cour de Cassation dans deux arrêts du 5 septembre 1812 et du 4 juillet 1816 (1) « Attendu, dit-elle, que la bigamie n'est pas un de ces crimes successifs, qui se renouvellent et se perpétuent chaque jour et sont, par cela seul, imprescriptibles et qu'au contraire la bigamie est prescriptible à partir du second mariage. » M. Blanche (2) regrette que la juridiction suprême, en prenant formellement ce parti, puisse laisser le coupable non seulement impuni, mais protégé. Il est certain qu'une condamnation ne saurait intervenir. Mais le ministère public, en vertu de l'article 190 du Code civil, a toujours le droit de requérir l'annulation du deuxième mariage et si le bigame persiste à cohabiter avec son ex-second conjoint, son premier époux pourra faire constater l'adultère, et, s'il le veut, obtenir le divorce.

L'action publique peut encore prendre fin par la mort du prévenu, lorsqu'elle survient avant l'expiration du délai de dix ans. De même, elle ne pourrait plus être intentée dans le cas où le vice de bigamie viendrait à disparaître par le décès du premier époux, bien que le bigame et son deuxième conjoint

1. *Sirrey chronologique* et Répertoire Dalloz. V° *bigamie*, n° 54.

2. *Études pratiques sur le Code pénal*. V. n° 227, *in fine*.

fussent vivants, puisque le scandale a cessé. Cette solution est approuvée par Demolombe(1), par Duranton (2) et par MM. Aubry et Rau sur Zachariac (3).

On pourrait objecter que l'annulation du deuxième mariage pourrait suffire, puisque le ministère public a la facilité de la demander en vertu de l'article 190 du Code civil et que le mal résulte surtout de la coexistence de deux mariages. On doit répondre que l'annulation du deuxième mariage est une sanction purement civile qui intervient même lorsqu'il n'y a pas d'intention coupable de la part de l'agent, lorsqu'il n'y a pas d'infraction. Se contenter de l'annulation du deuxième mariage, — bien qu'elle constitue indirectement un commencement de répression, — ce serait laisser le crime impuni. Nous ajoutons que si l'époux abandonné ou le deuxième conjoint du bigame vient à mourir, le ministère public perd son droit de requérir l'annulation (4). En admettant que, dans ce cas, les personnes qui ont l'action en nullité n'agissent pas, l'infraction demeurera sans aucune sanction ni civile ni pénale.

1. *Cours de Code civil*, t. III, n° 310.

2. *Cours de droit français*, t. II, n° 330.

3. T. III, p. 254.

4. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 533, *in fine*.

§ 2. — *L'action civile et l'action en nullité*
Leurs différences

Du point de vue de la procédure, le crime de bigamie engendre encore deux autres actions à savoir : l'action civile en réparation du dommage moral ou matériel causé par le coupable et l'action en nullité dirigée contre le second mariage. Toutes deux sont d'ordre privé, à la différence de l'action publique. Cependant chacune d'elle obéit à des règles propres. L'action civile dure dix ans comme l'action publique ; l'action en nullité, elle, est imprescriptible, comme elle a trait au maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs. Elle fait donc dérogation à l'article 2262 du Code civil, qui a établi la prescription trentenaire dans le but d'empêcher les procès de s'éterniser et les plaideurs, trop enclins à la chicane, à occuper les juges toujours sur les mêmes questions. Elle est intransmissible, sauf pour les collatéraux en vertu de l'article 187 du Code civil. Elle est incessible. — L'action civile, au contraire, est transmissible et cessible. — Enfin la réparation civile à des dommages-intérêts n'a lieu qu'autant qu'elle est demandée par la personne lésée, soit comme partie civile devant la Cour d'Assises, soit par voie principale devant le Tribunal civil ; à l'inverse, l'annulation du second mariage, objet de

l'action en nullité, a lieu d'office, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'infraction.

SECTION II

JUGEMENT DE L'EXCEPTION PRÉJUDICIELLE

Avant de rechercher la compétence pour les différentes actions auxquelles donne lieu le crime de bigamie, nous devons étudier une question très difficile et très controversée que nous avons réservée au chapitre précédent : celle du jugement de l'exception préjudicielle. Trois systèmes sont en présence :
a) compétence exclusive des tribunaux civils ;
b) compétence exclusive des juges criminels ;
c) compétence du tribunal civil pour la nullité du premier mariage et des juges criminels pour la nullité du second mariage.

a) *Compétence exclusive des tribunaux civils.* — Les auteurs qui adoptent cette opinion (1) font valoir que la question de nullité d'un mariage est et reste du ressort des tribunaux civils dans tous les cas, même en matière de bigamie, que le caractère criminel de l'infraction est sans influence sur les deux

1. Blanche, *op. cit.*, t. V, n° 225. — Hoffmann, *Questions préjudicielles*, t. II, nos 484 et suivants. — Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*. t. I, p. 23. — Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*. t. II, p. 91.

mariages successifs, qui en constituent cependant des éléments essentiels, et par conséquent sur le choix du juge compétent pour connaître de leur validité. Ils fondent la nécessité d'une instance séparée, d'une question préjudicielle devant les tribunaux civils sur l'article 189 du Code civil pour la nullité du premier mariage et l'article 188 pour la nullité du second. Ils invoquent en outre l'article 326 du même Code ainsi conçu : « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état ». La Cour de Cassation, dans l'arrêt précité du 13 avril 1867 (1) rendu en matière d'adultère, a ainsi développé ce dernier argument : « Attendu, dit-elle, que si cette disposition exceptionnelle (de l'article 326) ne peut être étendue au delà de ses limites, elle doit du moins être appliquée à tous les cas qu'elle a prévus ; que la généralité de ses termes ne permet pas de l'appliquer exclusivement aux réclamations d'état qui ont pour objet la filiation des enfants légitimes comme semblerait l'indiquer la rubrique du chapitre qui comprend l'article 326 ; qu'elle embrasse toutes les questions d'état procédant de la paternité et de la filiation ainsi qu'il résulte d'expressions plus générales qui forment la rubrique du titre VII du Livre des personnes ; qu'ainsi les demandes en nullité de mariage auxquelles se

1. Dalloz, 1867. I. 354.

rattache par un lien nécessaire la filiation des enfants légitimes sont régies par ledit article. »

La Cour suprême avait montré quelque hésitation pour entrer dans cette voie. Une même affaire avait donné lieu à deux pourvois successifs. Sur un premier, la Cour avait décidé « qu'un mariage contracté devant l'officier de l'état civil chargé par la loi d'en recevoir l'acte, est de droit réputé avoir été contracté régulièrement et forme un lien civil jusqu'à ce que la nullité en ait été prononcée par les tribunaux compétents ; — qu'il suffit pour constituer en bigamie et soumettre aux peines de ce crime celui qui, avant d'en avoir obtenu l'annulation, se permet d'en contracter un second ;... que c'était à la Cour de faire déclarer par le jury si le prévenu était engagé dans les liens d'un premier mariage ; qu'il n'y avait là qu'une question de fait ne pouvant constituer une question préjudicielle » (arrêt du 1^{er} mars 1811). Puis, sur le second pourvoi, dans un arrêt du 25 juillet 1811 (1), elle s'est heureusement déjugée et a déclaré, après avoir reconnu la non-représentation de l'acte de célébration du premier mariage, « qu'en renvoyant dans cet état de l'affaire, devant les tribunaux civils pour faire juger la question préjudicielle

1. Ces deux arrêts sont rapportés dans Dalloz, Répertoire, V^o *bigamie*, n^o 13 en note.

que la défense de l'accusé faisait naître, celle de savoir s'il avait existé véritablement un premier mariage. la Cour d'Assises a fait une juste application des dispositions du Code civil. »

Par un arrêt du 16 janvier 1826, la Cour suprême a même posé cette règle générale « que les nullités de mariage doivent, aux termes des articles 184, 188, 189 du Code civil, être portées devant les tribunaux civils et ne doivent être déclarées et prononcées que par eux » (1).

Dans cette opinion, l'exception soulevée par la nullité de l'un ou l'autre mariage est réputée préjudicielle au jugement de l'action publique, (2), c'est-à-dire qu'à la différence de la question préjudicielle à l'action, la procédure criminelle peut être ouverte avant qu'il soit statué sur cette question de nullité de mariage ; mais, dès que celle-ci vient à être soulevée, le juge criminel doit surseoir et impartir un délai pour permettre au demandeur de saisir la juridiction civile et de justifier de ses diligences.

b) *Compétence exclusive des juges criminels.* — Les partisans de ce système basent leur conviction sur le grand principe que « le juge de l'action est juge de l'exception », principe déjà connu des Romains et qu'ils exprimaient ainsi : « Quoties quæstio status

1. Affaire Moureau, précitée. Garçon, *op. cit.*, art. 340, n° 25 et Dalloz. Rép. V° *bigamie*, n° 47.

2. Garçon, sur l'article 340 du Code pénal, n° 18.

honorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominus apud eum, qui alioquin super causā status cognoscere non possit, disceptatio terminetur » (1).

Ainsi le juge compétent pour statuer sur la question du crime, et spécialement d'un crime de bigamie, a également compétence pour connaître de toutes questions qui s'y rattachent, de quelque nature qu'elles soient, en particulier de la nullité de l'un ou de l'autre mariage dans le cas qui nous occupe, bien que de droit commun une telle nullité ne puisse être déclarée et prononcée que par les tribunaux civils (2). Puisqu'ils font exception à ce principe et que tout texte exceptionnel est d'interprétation stricte, les articles 326 et 327 du Code civil (3) ne sauraient être appliqués à la question présente. C'est à tort, prétend-on ici, que l'article 189 du même Code est invoqué ; il dit seulement que la question doit être jugée préalablement ; c'est tout ; il n'attribue pas explicitement compétence aux tribunaux civils. « Il y aurait danger, dit M. Bertauld (4), à transporter l'article 189 du Code civil dont l'article 188

1. Voir au Code, liv. 3 « De iudiciis ».

2. En ce sens : Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, n° 233 et suiv. — Demolombe, t. V, p. 254. — Garraud, *Traité de droit pénal français*, t. V, n° 1905. — Toullier, IX, 152. — Haus, *Principes de droit pénal*, t. II, n° 1211 et suivants.

3. L'article 327 est ainsi conçu « L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. »

4. *Questions préjudicielles*, n° 86.

détermine la portée dans une matière pour laquelle il n'a pas été fait » parce que, selon lui, la validité du premier mariage est une condition indispensable de la culpabilité de l'agent.

La raison qui fonde l'opinion de M. Bertauld est parfaitement juste, mais nous ne croyons pas qu'elle suffise pour faire disparaître la compétence normale des tribunaux civils et instituer un pouvoir exceptionnel en faveur du juge criminel.

Les articles 198 à 200 du Code civil, ajoute-t-on, attestent que le législateur n'a pas entendu écarter la compétence de la juridiction répressive en matière d'état. L'article 198, le plus explicite à cet égard, dispose que la preuve d'une célébration de mariage pourra résulter d'une procédure criminelle. Mais il y a confusion : la célébration du mariage ressort de son existence et la preuve de l'existence du mariage est absolument distincte de la preuve de sa validité ou de sa nullité.

Déjà Merlin, dans son réquisitoire sur l'affaire Billecart, disait que le jury est seul compétent pour connaître de l'existence, et les magistrats pour apprécier la validité juridique du second mariage qui fait le crime. Au surplus, les deux exemples suivants mettent bien en relief la distinction dont nous parlons. L'officier de l'état civil dresse l'acte de mariage sur une feuille volante, en contravention des dispositions légales ; si cette feuille s'égare, le moyen de

preuve direct et normal de l'existence du mariage ne sera plus; mais la validité de l'union ne sera en rien atteinte. Inversement, une veuve se remarie sans attendre l'expiration du délai de viduité, qui constitue un empêchement prohibitif et qui, inobservé, peut entacher la validité du mariage; mais cette irrégularité laisse néanmoins subsister le dit mariage. La jurisprudence n'a pas adopté ce dernier point de vue: comme nous l'avons constaté tout à l'heure, la Cour de Cassation, après une décision en sens contraire, par un arrêt du 25 juillet 1811, a décidé que la question de l'existence du premier mariage était de la compétence des tribunaux civils.

c) *Compétence du tribunal civil pour la nullité du premier mariage et des juges criminels pour la nullité du second.* — Nous croyons préférable d'adopter l'opinion intermédiaire suivant laquelle le tribunal civil a compétence pour statuer sur la question de nullité du premier mariage tandis que les juges criminels ont pouvoir d'examiner la question de nullité du second (1).

1. Voir en ce sens: M. le Conseiller Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des parquets et de la police judiciaire*, 4^e éd., 1909, t. I. A.-G. V^o bigamie, p. 495. — Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. IV, n^o 1677 et suiv. — F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux* (Paris, 1877 2 vol. t. II, n^o 626. — Le Sellyer, *Études sur le droit criminel*, 1875, t. II, n^o 678 et s. — Mangin, *Traité de l'action publique*, t. 1, n^o 194. — Merlin, *Réper-*

Ici, l'argument capital, jugé insuffisant par les adeptes du système précédent, est la différence entre l'influence du premier mariage et celle du second dans l'exécution du crime. En effet, le rôle du premier mariage est assez restreint : il est un des éléments de l'infraction, mais il n'est que cela ; pris à part, il n'a aucun caractère criminel et appartient tout entier au droit civil : ce serait bien invraisemblable de supposer qu'au moment de sa célébration, l'agent concevait déjà le projet de devenir bigame. Il en résulte que, par application du droit commun, la question de nullité ou de validité du premier mariage doit être jugée exclusivement par les tribunaux civils, cette question est préjudicielle au jugement de bigamie et les juges criminels doivent surseoir. C'est d'ailleurs la solution donnée par la note du Président Barris. Quant au second mariage, il en va tout autrement, c'est une expression commune chez les auteurs que cette union *fait le crime*, on peut même dire qu'elle est le crime lui-même, parce que c'est dans sa célébration que réside l'intention coupable enfermée dans ce moment unique.

Nous avons insisté à dessein, en temps opportun, sur ce fait que le deuxième mariage donne au crime

toire. V° *Bigamie*, n° 2. — Morin *Répertoire général de droit criminel*. *eod. verb.*, n° 10 et *Questions préjudicielles*, n° 15. — Garçon, *op. cit.*, art. 340, nos 24 et 25. — Cass., 25 juillet 1811. S. chr. Dalloz, *Répertoire*. V° *bigamie*, n° 12.

son caractère de délit instantané et que sa célébration marque le point de départ de la prescription. Nous ne nions pas que le premier mariage valable ne prête à la perpétration du crime un concours nécessaire, mais ce concours est accidentel, imprévu.

Pour connaître de la validité ou de la nullité de ce dernier, l'article 188 du Code civil donne compétence aux tribunaux civils. Cette question, en l'absence de tout crime, ne forme pas seulement une simple exception pour le jugement de laquelle le juge civil de l'action principale aurait compétence, mais une question préjudicielle nécessitant une instance séparée. — Le jugement sur la question de nullité du premier mariage tient en suspens celui sur la question de nullité du second, si cette nullité vient à être soulevée concurremment, parce que, au cas où la demande en nullité du premier mariage serait accueillie, il y aurait une fin de non-recevoir à l'encontre de la demande en nullité du second et l'accusation tomberait. — La question des nullités de mariage ne peut pas changer de caractère, lorsqu'il y a crime ; dans un cas comme dans l'autre, elle doit constituer une exception préjudicielle, de la compétence des tribunaux civils ; si on préférerait le juge criminel, on attribuerait à ce dernier une compétence plus étendue, ce serait un manque de logique.

Les articles 326 et 327 du Code civil conservent

ici toute leur force, en ce qui concerne le premier mariage. — Merlin, d'accord avec nous sur le parti à prendre, n'attribue cependant aucune valeur à cette dernière raison : en cas de bigamie, le jugement de l'exception préjudicielle « appartient-il aux tribunaux civils, appartient-il aux juges criminels ? Nous sommes loin de croire cette question résolue par les articles 326 et 327 du Code Napoléon. A la vérité, ces articles disent que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état, et que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état ; mais ils sont placés sous la rubrique. « Des preuves de la filiation des enfants légitimes », on ne peut donc les appliquer qu'aux réclamations d'état, des enfants légitimes. » Si grande que soit l'autorité de Merlin, nous préférons néanmoins à sa manière de voir celle de la Cour de Cassation dans l'arrêt précité du 13 avril 1867.

Il y a lieu de faire remarquer que ceux qui admettent que la simple nullité relative entachant le premier mariage ne fait pas disparaître le crime, restreignent la nécessité du sursis au cas où l'accusé invoque une nullité absolue.

d) *Règles relatives à la question préjudicielle, née du chef de la nullité du premier mariage.* — Au chapitre précédent nous avons expliqué pourquoi

l'exception préjudicielle, qui a pour objet la nullité du deuxième mariage, ne présente pas d'utilité pratique. Aussi, nous la laissons de côté pour étudier maintenant les règles auxquelles obéit l'autre exception préjudicielle née du chef de la nullité du premier mariage. Cette question est préjudicielle au jugement de bigamie et de la compétence des tribunaux civils : telle est la solution à laquelle nous nous sommes arrêtés. La Cour de Rennes, par un arrêt du 23 janvier 1879, (1) a décidé que la Chambre d'accusation (comme la Cour d'Assises d'ailleurs) doit surseoir à statuer sur l'examen du fond jusqu'à ce que la question de nullité du premier mariage ait été décidée, et elle doit impartir au prévenu un délai pendant lequel il devra saisir la juridiction civile (art. 340 du Code pénal, 189 du Code civil et 182 du Code forestier).

Les juges criminels se bornent à accorder le délai et à suspendre l'examen de la question de culpabilité dont ils restent toujours saisis. Il en résulte que les poursuites peuvent être commencées même après que l'exception a été soulevée, et que l'accusé peut être maintenu en prison préventive pendant le délai à lui accordé.

Mais la Cour d'Assises peut refuser de surseoir lorsqu'il s'agit d'une simple allégation de non-publi-

I. S. 1881.2.129.

cité du premier mariage, à l'appui de laquelle l'accusé n'a apporté aucune espèce d'adminicule, aucun commencement de preuve, et que l'acte de mariage est sous les yeux de la Cour (1). Cette décision n'est qu'une application particulière de ce grand principe que le demandeur doit faire la preuve de sa prétention.

L'exception préjudicielle peut être soulevée devant le juge d'instruction, la Chambre des mises en accusation ou même devant la Cour d'Assises : « Attendu, dit la Cour de Cassation, dans l'arrêt du 24 février 1826 (2), que sur l'accusation de bigamie, l'accusé peut, en tout état de cause, proposer l'exception tirée de la nullité absolue de son premier mariage. »

Mais cette exception ne pourrait pas être opposée pour la première fois devant la Cour suprême, « qui ne doit statuer que sur l'observation des formes prescrites par les lois et sur la juste application de leurs dispositions » (3).

Le juge criminel devant lequel l'accusé propose l'exception préjudicielle, a-t-il le droit de la repousser en faisant valoir les fins de non-recevoir qui s'opposent à son admission ? Si on admet qu'il a le droit

1. Cass., 24 février 1826.

2. Garçon, *op. cit.*, art. 340, n° 29. — Dalloz, Répertoire, V° *Bigamie*, n° 46.

3. Cass., 16 janvier 1826. — Garçon, sur l'article 340, n° 13 et Dalloz, *loc. cit.*, n° 47.

de statuer sur cette exception, il va de soi qu'il a également pouvoir d'opposer une fin de non-recevoir ; le tribunal compétent pour déclarer l'existence de l'exception est aussi compétent pour déclarer son inexistence. Voici en quels termes s'exprime la Cour de cassation dans un arrêt du 24 mars 1809 (1). « Il appartient à tout juge compétemment saisi d'une demande principale de connaître de l'exception qu'on y oppose sinon à l'effet de juger celle-ci, du moins d'en apprécier la pertinence et l'admissibilité primaire. »

Dans l'autre opinion que nous avons adoptée et suivant laquelle le juge criminel est regardé comme n'étant pas compétent pour examiner l'exception préjudicielle, a-t-il néanmoins le pouvoir de rechercher les fins de non-recevoir ? Ici il est plus difficile de répondre. Selon Merlin, il faut faire une distinction : si la nullité fait déjà l'objet d'une demande principale devant le tribunal civil, le tribunal répressif n'a aucune espèce de pouvoir, même pour procéder à un examen sommaire ; il doit se contenter de surseoir au jugement de l'action publique, par application de la maxime « le civil tient le criminel en l'état ». Dans le cas contraire, le juge criminel a pleins pouvoirs : il peut et doit rechercher si l'exception de nullité est recevable, si elle n'est pas couverte par une ratification expresse ou tacite, si les

1. Dalloz, Répertoire, V^o *Bigamie*, n^o 41.

faits allégués sont pertinents et admissibles, si la nullité relative invoquée est personnelle au prétendu bigame ou ne lui est pas personnelle.

La Cour de Cassation a accueilli plusieurs fois cette opinion. Dans un arrêt du 2 avril 1807 (1), elle a décidé que la simple allégation par l'accusé qu'il n'a jamais contracté un premier mariage, et que l'acte de célébration qu'on lui oppose est un acte faux, est insuffisante pour donner lieu à un sursis à fins civiles : « Attendu qu'il aurait fallu, pour donner quelque consistance à ce moyen de défense, qu'il se fût positivement inscrit en faux contre cet acte de célébration ; qu'en s'abstenant de prendre cette voie, il s'est mis hors de mesure d'opposer, comme ouverture de cassation, la violation des articles 189 et 456 de la loi du 3 brumaire an IV. »

De même, le sursis doit être refusé si l'exception soulevée par l'accusé se fonde sur une nullité relative, dont il ne pourrait se prévaloir devant les tribunaux civils ; et spécialement, si cette nullité est couverte par ratification ou prescription (2).

Spécialement la Chambre d'accusation et la Cour d'Assises sont compétentes pour déclarer l'accusé non recevable à faire valoir contre son premier mariage des nullités purement relatives à ses père

1. Garçon, sur l'article 340, n° 19, et Dalloz, *loc cit.*, n° 42.

2. Cass. Affaire Billecart. — Grenoble, 23 novembre 1825 ; — Dalloz. Répertoire, v° *Bigamie*, n° 45.

et mère, et auxquelles ceux-ci avaient tacitement renoncé, — ou pour déclarer qu'il y a lieu de considérer comme non avenue l'annulation du premier mariage, prononcée par un jugement par défaut non exécuté dans les six mois (1).

De même encore, lorsque le prévenu de bigamie invoque la nullité de son premier mariage, résultant de ce qu'il l'a contracté en minorité et sans l'autorisation du conseil de famille, la Chambre d'accusation est compétente pour déclarer cette nullité couverte par le défaut de réclamation du prévenu, pendant l'année qui a suivi sa majorité et par le consentement du conseil de famille intervenu sur sa demande depuis le mariage en question (2).

Parmi les juges criminels figure le jury. Le jury est-il compétent pour connaître de la nullité de l'un ou de l'autre mariage et pour opposer des fins de non-recevoir? Cette question est très délicate et a divisé les auteurs.

Pour les uns dont nous sommes, la négative s'impose. L'examen de l'exception préjudicielle et la recherche des fins de non recevoir constituent une question de droit qui échappe à la compétence du jury, à la différence de l'inexistence de l'un des deux

1. Cass., 17 décembre 1812. Garçon, sur l'article 340, n° 31. — Dalloz, *loc cit.*, n° 44.

2. Grenoble, 23 novembre 1825. — Dalloz, *loc cit.*, n° 45.

mariages qui est une question de fait et dont le jury peut connaître. C'était l'opinion de Merlin.

D'autres, au contraire, soutiennent l'affirmative. Suivant eux, le jury est souverain appréciateur de la question de culpabilité et de toutes autres questions qui se groupent autour d'elle : spécialement de la question de nullité qui est une question de fait ; il ne s'agit pas de prononcer sur la nullité d'un mariage frauduleux ; on demande au jury, après lui avoir mis en main les éléments d'appréciation, tels qu'ils résultent des débats, d'affirmer sa conviction à l'égard de la nullité proposée. Par exemple, si l'accusé prétend que l'union à lui reprochée a été célébrée clandestinement ou par un officier de l'état civil incompétent, on posera au jury ces questions : « le mariage contracté par N. avant la dissolution du premier a-t-il été célébré clandestinement ? ou par une personne ayant qualité ? »

A notre avis, ceux qui croient pouvoir poser de semblables questions au jury, dissimulent la véritable nature des choses sous une fausse apparence. Cette détermination des circonstances de fait à la suite des débats n'empêche pas, même dans le cas particulier de la bigamie, les nullités de mariage de demeurer dans le domaine du droit.

MM. Chauveau et Hélie (1) ne nient pas que, dans

1. *Théorie du droit pénal*, 6^e édition revue par M. Villey, t. IV, n° 1677 et suiv.

le cas de bigamie comme dans les autres cas, la question de nullité ne soit une question de droit, mais ils citent à l'appui une décision de la Cour de Cassation qui ne nous semble pas conforme aux idées généralement reçues. En vertu de la règle, « le juge de l'action est juge de l'exception », la Cour suprême déclare « que les tribunaux criminels, chargés d'instruire sur les crimes et délits, ont essentiellement caractère pour prononcer sur toutes les matières accessoires et incidentes qui s'y rattachent, et qui ne sont pas exceptées par la loi de leur juridiction ; qu'ils sont même compétents pour prononcer sur les questions de droit qui naissent de la défense et de l'instruction des parties, lorsque ces questions doivent modifier ou aggraver le caractère du fait de la poursuite et de la peine dont il peut être susceptible, quoiqu'ils fussent par leur institution incompétents pour prononcer sur les mêmes questions de droit considérées indépendamment du fait criminel et d'une manière principale. » Cette espèce ne paraît pas probante : toute la procédure en Cour d'Assises est dominée par la distinction entre les questions de droit de la compétence des magistrats de la Cour d'Assises qui a plénitude de juridiction et les questions de fait de la compétence du jury ; aussitôt après le verdict où celui-ci a exprimé sa conviction sur la question de culpabilité posée sous une forme concrète, les magistrats de la Cour d'As-

sises procèdent à l'application de la peine qui est la conséquence directe et nécessaire de ce verdict, mais qui est sans conteste la résolution d'un point de droit.— Le Code de 1791 avait spécialement prévu l'exception de bonne foi en matière de bigamie ; comme la bonne foi faisait ainsi l'objet d'un texte de loi, elle constituait une question de droit, dont les magistrats de la Cour d'Assises devaient connaître(1) ; en 1810, le législateur supprima cette disposition, du nouveau Code pénal, il en résulte aujourd'hui que la bonne foi est une question de fait à résoudre par le jury.

SECTION III

JURIDICTIONS COMPÉTENTES

§ 1. — *Tribunal civil et Cour d'assises*

1^o *Rôle respectif de la Cour d'Assises et du tribunal civil dans les différentes questions soulevées par le crime.* — Pour terminer le présent chapitre, il nous reste à voir quelles sont les juridictions de droit commun ayant pouvoir de statuer sur les différentes actions nées du crime de bigamie. Ces juridictions sont au nombre de deux ; la Cour d'Assises et le tribunal civil, qui ont à prononcer sur l'action publique,

1. Arrêt précité de la Cour de Cassation, du 22 août 1806. Répertoire, Dalloz. V^o *Bigamie*, n^o 27.

sur l'action civile et l'action en nullité du second mariage.

L'action publique ne peut être portée que devant la Cour d'Assises, composée des magistrats de la Cour proprement dite et du jury, après la procédure devant le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation, le tout conformément aux règles posées par le Code d'Instruction criminelle.

L'action civile, elle, vise la réparation du dommage causé par le bigame qui consiste dans le paiement de dommages-intérêts au profit des personnes lésées. C'est pour cette fin que l'époux abandonné et surtout le second conjoint ont la faculté de se porter « partie civile » en Cour d'Assises ; les autres personnes qui croiraient avoir subi un préjudice, doivent se pourvoir devant le tribunal civil.

Quant à l'annulation du deuxième mariage, elle peut être demandée aussi bien devant la Cour d'Assises que devant le tribunal civil.

Devant cette dernière juridiction, la question est posée soit par voie principale au moyen de l'action en nullité, soit incidemment au cours d'un procès civil, et notamment, comme nous l'avons vu, à l'occasion d'une contestation dans la succession du bigame ou de l'un de ses parents, lorsque le conflit d'intérêts a éclaté entre le bigame et le premier conjoint ou entre personnes ayant les mêmes intérêts respectifs.

Mais la Cour d'Assises, mise en présence de l'opportunité de l'annulation du deuxième mariage, a-t-elle pouvoir pour prononcer cette annulation ? C'est là un point qui a fait difficulté. Certains ont opté pour la négative. D'autres, dont nous estimons l'opinion plus raisonnable, ont donné une réponse affirmative. En effet, l'annulation est une conséquence immédiate et nécessaire de la culpabilité reconnue ; en outre, décider autrement, ce serait occasionner des frais frustatoires. Donc l'annulation doit être prononcée dans l'arrêt de condamnation soit sur l'initiative du premier conjoint qui s'est porté partie civile, soit sur les réquisitions du ministère public. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation (1) a décidé que le second conjoint et les enfants issus du mariage, s'il y en a, doivent être appelés en vertu « des principes sur l'indivisibilité de l'action du ministère public et pour la conservation des intérêts que peut produire à l'égard des appelés le mariage annulé. »

Étant donné cette dualité de compétence, que nous avons plusieurs fois constatée, il n'est pas impossible qu'un crime de bigamie donne lieu à deux procédures distinctes : simultanées, lorsque, parallèlement à la procédure criminelle, se poursuit une instance devant le tribunal civil qui doit prononcer, s'il y a lieu, l'annulation du second mariage,

1. Cass., 30 mai 1846. S. 1846. 1. 717.

réclamée d'une manière principale ou incidente ; successives, lorsque, après la condamnation, les personnes autres que les conjoints du bigame demandent contre ce dernier la réparation d'un préjudice, ou lorsque le juge criminel surseoit au jugement de l'action publique pour permettre au tribunal civil de déclarer si oui ou non l'une ou l'autre union contractée est nulle.

2° Décision de la Cour d'Assises. — Dans le cas où la Chambre des mises en accusation estime que les charges réunies contre le prétendu bigame et ses complices, s'il y en a, sont bien établies par l'instruction, elle le renvoie devant la Cour d'Assises comme accusé. « D'avoir à..., le..., étant engagé dans les liens d'un premier mariage, contracté un second mariage avec N... avant la dissolution du précédent ». S'il s'agit de l'officier public reconnu complice, il est accusé. « D'avoir à..., le..., étant officier de l'état civil de..., prêté son ministère pour la célébration du nouveau mariage, contracté par X... avec N..., sachant que X... était engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous. »

Les débats devant la Cour d'Assises se terminent soit par la mise en liberté de l'accusé ordonnée par le Président des Assises lorsqu'il est déclaré non coupable, soit par la prononciation d'une peine dans l'arrêt de condamnation rendu par les magistrats de la Cour, lorsque le verdict du jury a été affirmatif.

Cette peine, objet principal de l'arrêt de condamnation, est celle des travaux forcés à temps aux termes de l'article 340 du Code pénal. Mais elle n'est appliquée que d'une façon tout à fait exceptionnelle si bien que, quand il n'y a pas acquittement, l'octroi des circonstances atténuantes est la règle. Les circonstances atténuantes, en vertu des règles posées par le Code d'Instruction criminelle, transforment la peine en réclusion, si elle est abaissée d'un degré ; mais, en pratique, elle est abaissée de deux degrés et devient un simple emprisonnement. Dans la très grande majorité des cas, le bigame encourt le minimum de la peine, fixé par l'article 401 du Code d'Instruction criminelle, à savoir : deux ans d'emprisonnement.

Nous avons déjà constaté par des exemples particuliers, empruntés à la jurisprudence la plus récente, cette indulgence excessive du jury vis-à-vis des bigames.

Mais ce qui achève de nous convaincre, c'est le tableau statistique suivant, dressé pour les années 1885 à 1913, d'après les renseignements fournis par le « Compte général de l'Administration de la justice criminelle. »

	NOMBRE des accusations	NOMBRE des accusés	NOMBRE des acquittés	NOMBRE DES CONDAMNÉS
1885	5	6	3	3 à + d'un an d'emprisonn. 2 aux travaux forcés.
1886	10	10	1	1 à la réclusion. 6 à + d'un an d'emprisonn.
1887	4	4	»	4
1888	»	»	»	1 aux trav. forcés à temps. 2 à la réclusion.
1889	7	7	»	4 à + d'un an d'emprisonn. 1 à la réclusion.
1890	8	8	3	4 à + d'un an d'emprisonn.
1891	4	4	3	1
1892	9	9	2	1 aux trav. forcés à temps. 6 à + d'un an d'emprisonn.
1893	11	11	4	1 à la réclusion. 6 à + d'un an d'emprisonn.
1894	9	10	3	7
1895	5	5	»	1 aux trav. forcés à temps. 3 à la réclusion.
1896	7	7	2	1 à + d'un an d'emprisonn.
1897	7	8	3	5
1898	5	5	3	5
1899	11	12	6	2
1900	6	6	2	6
1901	8	8	4	4
1902	5	5	2	4
1903	7	7	4	3
1904	6	9	8	1
1905	4	4	2	2 aux trav. forcés à temps.
1906	9	9	7	1
1907	11	11	6	1 à + d'un an d'emprisonn.
1908	9	9	4	5
1909	6	6	4	2
1910	6	6	5	1
1911	9	9	6	3
1912	7	8	4	4
1913	9	9	5	4

Si nous divisons ce laps de vingt-huit années en trois tranches: de 1885 à 1894, de 1895 à 1904, et de 1905 à 1913, nous constatons que, dans la première période, il y a eu 67 accusations entre lesquelles se répartissent 2 cas de complicité, ce qui porte le nombre des accusés à 69. Ces 67 accusations ont donné lieu à 19 acquittements et 50 condamnations dont 4 seulement aux travaux forcés à temps et 46 avec circonstances atténuantes. Parmi ces dernières on n'en compte que 5 à la réclusion, les 41 autres ont consisté en peines correctionnelles.

Dans la période décennale suivante de 1895 à 1904, pour un total d'accusations identique, le chiffre des accusés étant de 72, on remarque un fléchissement très prononcé, pour ne pas dire presque inquiétant, de la répression. Les acquittements se sont élevés de 19 à 34 tandis que les condamnations aux travaux forcés à temps sont tombées de 4 à 1 et celles de la réclusion de 5 à 3.

Dans la dernière période qui compte huit années seulement et 70 accusations pour 71 accusés, le mouvement ascensionnel des acquittements continue: ils passent de 19 à 43 contre 28 condamnations dont 2 aux travaux forcés. La peine de la réclusion n'a pas été prononcée.

L'arrêt de condamnation peut encore avoir deux autres objets d'un caractère accessoire et que nous avons déjà signalés: l'annulation du second mariage

et l'allocation de dommages-intérêts mis à la charge du bigame. Il est bien entendu que, si la réponse du jury est négative, le deuxième mariage ayant perdu tout caractère délictuel, la Cour d'Assises n'a plus compétence pour en prononcer l'annulation, à faire valoir désormais devant le tribunal civil tant par le ministère public que par les personnes désignées à l'article 184 du Code civil.

Quant à l'allocation de dommages-intérêts, le second conjoint de bonne foi la réclame, parce qu'il a été volontairement induit en erreur par le bigame ; on pourrait même dire qu'il y a un dol, si cette cause de nullité n'avait été exclue en matière de mariage. Mais si la bonne foi du bigame était prouvée et si, par conséquent, aucune condamnation n'intervenait, aucun dommage-intérêt ne pourrait être exigé : dans ce cas, les contractants au deuxième mariage devraient être regardés comme étant chacun victime d'une erreur et l'on ne voit pas bien lequel des deux devrait réparer le dommage causé plutôt que l'autre. Si cependant le bigame, malgré sa bonne foi, avait une faute à se reprocher envers son deuxième conjoint, la Cour d'Assises, en l'acquittant, pourrait mettre à sa charge des dommages-intérêts au profit du réclamant sur le fondement de l'article 358 du Code d'Instruction criminelle.

Dans l'hypothèse de la mauvaise foi et de la condamnation qui s'ensuit, le préjudice éprouvé a un

double caractère ; il est moral et, de ce chef, le second conjoint pourra attaquer même ceux contre lesquels on ne relève que de l'imprudence ou de la négligence : par exemple, le père qui a eu connaissance du mariage antérieur seul subsistant et qui sera déclaré responsable (1). Le dommage causé peut être aussi matériel : le bigame s'était remarié sous le régime de la communauté, il avait des dettes mais aucun bien mobilier, en sorte que le deuxième conjoint a payé les dettes.

§ 2. — *Conseils de Guerre*

1^o *Controverse sous l'empire de la loi du 9 août 1849.* — A côté de la Cour d'Assises et du tribunal civil, juridictions de droit commun, figure le Conseil de Guerre, juridiction d'exception. Les Conseils de Guerre sont-ils compétents pour juger un crime de bigamie ?

Pour résoudre le problème, il faut faire une distinction : ou bien le prévenu, arrêté sur l'ordre de l'autorité militaire, a poursuivi la célébration de son mariage ultérieur alors qu'il était déjà sous les drapeaux, ou bien il a réalisé son dessein quand il était encore dans la vie civile.

Dans le premier cas, le Conseil de Guerre doit

1. Cass., 18 août 1829. Rép. Dalloz supplément. V^o *bigamie*, n^o 56.

rester saisi sans aucun doute, en raison de la qualité de militaire de l'inculpé. Mais nous devons avouer l'hypothèse peu pratique, parce que l'Administration de la guerre connaît l'état civil du militaire en question et que celui-cidoit solliciter, pour se marier, l'autorisation du ministre et de ses chefs hiérarchiques, en vertu des décrets du 16 juin et 28 août 1908, autorisation qui lui sera refusée sur la simple constatation du lien antérieur encore subsistant.

Cependant il faut noter qu'un décret du 18 novembre 1914 a suspendu l'application des décrets de 1908, sauf toutefois à l'égard des officiers de l'armée active et des sous-officiers rengagés ou commissionnés, et que, par conséquent, un mobilisé déjà marié, pour lequel ladite autorisation n'est plus exigible, pourrait, à la faveur de cette dispense, devenir bigame.

L'autre alternative, d'une réalisation plus fréquente, a donné lieu à une controverse, mais qui est aujourd'hui vidée : aux termes d'une loi toute récente, du 27 avril 1916, la négative s'impose, comme nous le verrons tout à l'heure.

Ce nouveau texte législatif a remplacé la loi du 9 août 1849 (1) sur l'état de siège, et dont l'article 8 était ainsi conçu : « Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits

1. D. 1849. 4. 135.

contre la sûreté de la République, contre la constitution, contre l'ordre et la paix publique, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices. »

M. le Colonel Augier, dans des conclusions données sur une affaire déférée au Conseil de Révision de Paris (1) a fait un exposé magistral de la question qui nous occupe. Il se demande d'une façon générale : « Si les Conseils de Guerre, en temps de guerre, sur les territoires en état de siège, sont compétents pour juger les individus non-militaires coupables soit de délits ou crimes militaires, soit de délits ou crimes de droit commun ». Laissons de côté l'argumentation sur les crimes et délits militaires et abordons aussitôt la discussion sur les crimes et délits de droit commun, puisque c'est parmi eux que figure le crime de bigamie. La loi les répartit en deux grandes classes : « crimes et délits contre la chose publique » ceux-là même qui sont prévus, par l'article 8 précité de la loi du 9 août 1849, et les « crimes et délits contre les particuliers. »

Les Conseils de Guerre dans le ressort desquels se trouvent des territoires en état de siège, peuvent-ils juger tous individus non-militaires, prévenus d'avoir commis des crimes ou délits visés par l'article 8 de

1. Ces conclusions ont été publiées dans son *Traité des recours en révision contre les jugements des Conseils de Guerre en temps de guerre*, en collaboration avec M. le Conseiller G. le Poittevin, Paris 1915, et dans *la Gazette des tribunaux*, du 20 février 1915.

la loi du 9 août 1849. Il faut répondre affirmativement. Ces infractions, dans le livre III du Code pénal, forment la matière du titre 1^{er} divisé en trois chapitres : Chapitre 1^{er} « Crimes et délits contre la sûreté de l'État » (art. 75 à 108). — Chapitre II « Crimes et délits contre la Constitution » (art. 109 à 131). — Chapitre III « Crimes et délits contre la paix publique » (art. 132 à 294).

Cependant la difficulté n'est pas encore résolue quant à la bigamie « crime contre les particuliers » et plus spécialement attentat aux mœurs réprimé par l'article 340 du même Code. — Ceci nous amène à poser cette seconde question : les Conseils de Guerre peuvent-ils connaître des crimes et délits contre les particuliers, énumérés au Code pénal et commis par des individus non-militaires sur des territoires en état de siège ? Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, qu'on doit adopter l'affirmative et que les Conseils de Guerre peuvent juger des crimes et délits contre les particuliers.

Mais dans quelles conditions cette compétence doit-elle s'exercer ? A cet égard, les décisions rendues de 1870 à 1875 par la Chambre Criminelle, qui a, entre autres, pour rôle de délimiter les compétences entre les différentes juridictions d'exception et de droit commun, dans le cas présent, entre le Conseil de Guerre et la Cour d'Assises, sont particulièrement instructives.

Ces décisions renferment une double jurisprudence. Des arrêts qui composent la première jurisprudence, se dégagent le principe suivant, énoncé en ces termes par le Colonel Augier : « Lorsqu'on se trouve en présence d'une infraction commise sur un territoire en état de siège, par un individu non militaire, si cette infraction ne rentre pas dans la catégorie des crimes et délits « contre la chose publique » mais bien dans celle des crimes et délits « contre les particuliers », elle ne peut être déférée à la juridiction militaire d'autant qu'elle se lie ou est connexe à l'un des crimes ou délits politiques, expressément visés dans la loi du 9 août 1849 ». Nous croyons devoir écarter cette première jurisprudence : il paraît bien difficile de concevoir une hypothèse dans laquelle le crime de bigamie serait commis en connexité avec l'un des crimes ou délits contre la chose publique (1).

Passons donc à la deuxième jurisprudence. La Chambre Criminelle semble y admettre, au profit des Conseils de Guerre, une compétence plus étendue : *celle-ci dépendrait de l'appréciation du juge militaire et chaque fois qu'il estimerait que l'acte poursuivi était de nature à porter atteinte à l'ordre public*. Cependant les arrêts en question se contentent d'affirmer dans chaque espèce la compétence du tribunal. Ainsi

1. Voir à titre d'exemple, les arrêts, cités par le Colonel Augier, du 2 septembre 1870, du 30 novembre 1871 et du 19 janvier 1872.

d'après un arrêt du 17 novembre 1870, une tentative d'assassinat et une tentative de meurtre peuvent être déférées « dans les circonstances de la cause » au Conseil de Guerre ; mais quelles sont ces circonstances de la cause ? l'arrêt ne le dit pas. Suivant un autre arrêt du 10 octobre 1872, entraîne la même compétence l'incendie de monuments publics, crime contre l'ordre et la paix publique, alors même qu'il ne se rattacherait pas à un mouvement insurrectionnel.

C'est bien à cette dernière jurisprudence que la Chambre des mises en accusation de Rouen semble s'être ralliée dans un arrêt du 16 octobre 1915 (1). Voici quelles étaient les circonstances de l'affaire : il s'agissait d'un nommé Dagon Auguste qui, étant employé à la gare de Lyon, avait épousé à Paris le 1^{er} février 1913 la dame Guib Suzanne, alors qu'il était déjà marié à une demoiselle Rivet, Marie-Léonie. Mobilisé le 1^{er} août 1914, le Procureur de la République de Rouen requiert, le 3 août 1915, une instruction contre lui à raison de son crime de bigamie. Le 3 septembre suivant, le Général commandant la 3^e Région rend une ordonnance de dessaisissement en faveur de l'autorité militaire ; mais, par décision du 2 octobre, sur l'avis du rapporteur et les conclusions du commissaire du Gou-

1. Cette décision a été publiée dans *La Loi* des 8-9 novembre 1915.

vernement, il dessaisit l'autorité militaire à son tour pour remettre le prévenu à la disposition du Parquet. Le Procureur requiert alors le juge d'instruction de reprendre son instruction ; cependant celui-ci décline sa compétence et maintient son ordonnance de dessaisissement, à laquelle le Procureur général fait opposition. C'est sur cette opposition que statue la Cour par le présent arrêt : « Attendu, dit-elle, que Dagon, au 1^{er} février 1913, exerçait un métier civil sans aucun caractère militaire, qu'il demeure par suite justiciable de la juridiction de droit commun ; — Attendu que, néanmoins, le juge d'instruction de Rouen s'est déclaré incompétent parce que le département de la Seine-Inférieure est soumis au régime de l'état de siège. — *Que la poursuite actuelle, quoique basée sur un fait antérieur, est de nature à porter atteinte à l'ordre et à la paix publique et qu'elle rentre dès lors dans la compétence des Tribunaux militaires.* — Mais attendu que l'article 8 de la loi du 9 août 1849 dispose que les Tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes contre l'ordre et la paix publique ; qu'il laisse à l'autorité militaire le droit d'apprécier si elle doit se charger de réprimer les délits de cette nature ; que le Général commandant la 3^e Région a bien ordonné d'informer sur le crime de bigamie imputé à Dagon, mais qu'il a ensuite retiré la poursuite à l'autorité militaire avant d'avoir, conformément aux

articles 108 et 109 du Code de Justice militaire, donné l'ordre de mise en jugement devant le Conseil de Guerre ; — que, dans ces conditions, il était en droit de dessaisir la juridiction militaire et de rendre Dagon à ses juges naturels ; attendu qu'en conséquence avec raison le Procureur de la République a saisi de nouveau le juge d'instruction de Rouen et l'a requis de reprendre l'information. Par ces motifs, etc... »

Il a donc été une fois de plus affirmé, dans la jurisprudence la plus récente, que les tribunaux militaires, sous l'empire de l'article 8 de la loi du 9 août 1849, sur des territoires en état de siège, étaient juges de leur propre compétence à l'endroit des crimes et délits contre les particuliers et spécialement d'un crime de bigamie commis par un individu non militaire au moment de sa perpétration ; et que la seule circonstance de violation de l'ordre public, à l'exclusion de tout crime ou délit contre la chose publique, considéré comme fait principal, suffisait pour incliner vers cette compétence.

Le Conseil de Guerre de Paris lui-même, par interprétation du même texte, adoptait la même manière de voir : en vertu d'un jugement du 17 juillet 1915, il condamnait un bigame à deux ans d'emprisonnement ; dans un autre jugement du 27 février précédent, il édictait contre le coupable une peine de trois ans d'emprisonnement et de deux ans contre sa complice, reconnue également de mauvaise foi.

A l'inverse, le Conseil de Guerre de la 20^e Région, préconisant la solution actuelle, par jugement du 22 septembre 1915, se déclarait incompétent pour juger un bigame auquel le jury de la Haute-Marne infligeait, le 29 mars 1916, une condamnation à cinq ans de réclusion. Il est intéressant de constater, en l'espèce, que la juridiction militaire s'était faite l'auxiliaire précieuse de la juridiction de droit commun et s'était trouvée suppléer à la loi du 17 août 1897 qui n'était pas encore promulguée lors de la célébration du premier mariage, intervenue le 8 mai précédent à Caudebec-les-Elbeuf. Après avoir quitté le domicile conjugal, l'accusé s'était remarié, le 5 décembre 1913, à Vassy, où il s'était bien gardé de faire la déclaration de son changement de résidence devant la gendarmerie. Mais survient la guerre, il est arrêté, le 2 juillet 1915, pour insoumission et puis inculpé de bigamie.

2^o *Incompétence des Conseils de Guerre depuis la loi du 27 avril 1916.* — A l'heure actuelle, la réponse ne fait plus aucun doute vis-à-vis des individus non-militaires devenus bigames: les Conseils de Guerre ne sont plus compétents pour les juger depuis la loi du 27 avril 1916, relative au fonctionnement et à la compétence des tribunaux militaires en temps de guerre (1).

1. Cette loi a été publiée au *Journal officiel* du 28 avril.

Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'article 6 de la loi. A la vérité, les dispositions de ce texte peuvent être considérées comme formant trois parties. La première partie, qui vise la compétence en matière de droit commun, est ainsi conçue.

« L'article 8 de la loi du 9 août 1849, sur l'état de siège, est remplacé par les dispositions suivantes : Dans les territoires déclarés en état de siège, en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère, les juridictions militaires (Conseils de Guerre et Conseils de Guerre maritimes) peuvent être saisies, quelle que soit la qualité des auteurs principaux ou complices, de la connaissance des crimes prévus et réprimés par les articles 75 à 85, 87 à 99, 109, 110, 114,

1. Les juridictions militaires peuvent, en outre, connaître :

1° Des délits prévus par la loi du 10 avril 1886, établissant des pénalités contre l'espionnage ;

2° Des infractions prévues par la loi du 4 avril 1915, qui sanctionne l'interdiction faite aux Français d'entretenir des relations d'ordre économique avec les sujets d'une puissance ennemie ;

3° Des faits prévus et réprimés par la loi du 17 août 1915, assurant la juste répartition et une meilleure utilisation des hommes mobilisés ou mobilisables ;

4° De la provocation, par quelque moyen que ce soit, à la désobéissance des militaires envers leurs chefs, dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et des règlements militaires ;

5° De la provocation, par quelque moyen que ce soit, aux crimes d'assassinat, de meurtre, d'incendie, de pillage, de destruction d'édifices ou d'ouvrages militaires ;

6° De la provocation directe, par quelque moyen que ce soit, aux attentats contre la sûreté de l'État ;

7° Des délits commis par les fournisseurs en ce qui concerne

118, 119, 123 à 126, 132, 133, 139, 140, 141, 166, 167, 177 à 179, 188, 189, 191, 210, 211, 265 à 267, 341, 430 à 433, 434, 435, 439, 440 et 441 du Code pénal La deuxième partie qui détermine la compétence en matière exceptionnelle et qui ne regarde pas la solution du problème posé, est indiquée en note à raison de son intérêt tout actuel (1).

Une dernière partie précise le caractère de la compétence ainsi délimitée : « Ce régime exceptionnel cesse de plein droit à la signature de la paix.

« Si l'état de siège est déclaré en cas de péril imminent résultant d'une insurrection à main armée, la compétence exceptionnelle reconnue aux juridictions militaires, en ce qui concerne les non-militaires, ne peut s'appliquer qu'aux crimes spécialement prévus par le Code de Justice militaire, ou par les articles du Code pénal, visés au paragraphe 1^{er} du présent article et aux crimes connexes.

« Dans tous les cas, les juridictions de droit commun restent saisies tant que l'autorité militaire ne revendique pas la poursuite. »

Cette inaptitude des Conseils de Guerre et Conseils

les fournitures destinées aux services militaires, dans les cas prévus par les articles 430 à 433 du Code pénal, ainsi que la loi du 1^{er} août 1905, sur la répression des fraudes et les lois spéciales qui s'y rattachent ;

8° Des faux commis au préjudice de l'Armée, et d'une manière générale, de tous crimes et délits portant atteinte à la défense nationale.

de Guerre maritimes à juger les individus non-militaires devenus bigames résulte donc clairement du défaut de mention de l'article 340 du Code pénal au paragraphe 1^{er} dudit article. Cette affirmation doit être maintenue à plus forte raison pour la période illimitée à courir après la guerre, puisque la compétence attribuée par la nouvelle loi aux juridictions militaires et maritimes est, aux termes du même article, qualifié de « régime exceptionnel » et doit disparaître à la signature de la paix.

Quant au militaire qui s'est rendu coupable du crime de bigamie étant sous les drapeaux, la loi du 27 avril dernier n'a pas modifié sa situation : en raison de sa qualité, il reste justiciable des tribunaux militaires.

CHAPITRE IV

LA BIGAMIE ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Notre étude sur la répression de la bigamie serait terminée si le coupable était toujours un Français et si la célébration du deuxième mariage avait invariablement lieu en France. Mais il n'en va pas toujours ainsi : de là naît des difficultés que nous allons examiner.

§ 1. — *Cas du Français résidant en pays étranger et de l'étranger résidant en France*

Le Français peut résider à l'étranger. La prohibition édictée par notre loi, d'épouser deux ou plusieurs femmes, continue-t-elle à s'imposer à son observation, alors que le pays où il séjourne, admet la bigamie ou même la polygamie ? On doit répondre négativement, par interprétation directe de deux textes : d'abord, de l'article 3 du Code civil qui pose un principe : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français même résidant

en pays étranger » ; ensuite de l'article 170 du même Code qui répute le mariage d'un Français célébré à l'étranger valable, si les conditions requises par la loi française pour contracter mariage ont été observées. La méconnaissance de ces deux règles dans le cas présent donnerait ouverture à l'application des articles 147 du Code civil et 340 du Code pénal, à condition que l'individu français ainsi devenu bigame n'ait pas été définitivement jugé à l'étranger pour ce crime et qu'il ait été de retour dans notre pays (§ 4, de l'article 5 du Code d'instruction criminelle).

A l'inverse, l'étranger qui appartient à une religion polygame protégé par ses lois nationales, serait-il libre de contracter une nouvelle union en France ? La négative s'impose ici encore : l'article 6 du Code civil, en effet, dispose qu'il n'est pas permis de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Le Tribunal de la Seine, dans un jugement du 29 juin dernier, vient de rappeler au respect de cette règle une sujette ottomane (1). La personne en question, la dame Hassibé Khouri avait épousé le 18 mai 1902, à Beyrouth, le sieur Joseph Rehaïm, suivant les prescriptions canoniques du culte maronite. — S'étant rendue à Paris, elle s'y fait baptiser dans la religion orthodoxe grecque, le

1. Cette décision est rapportée dans *La Loi* du 31 juillet 1916.

4 juin 1912 et, le 6 juillet suivant, l'officier de l'état civil du xvii^e arrondissement célèbre, son second mariage avec un sieur Durighello. Devant le Tribunal, elle prétend que ce mariage devrait subsister parce que *son changement de religion aurait amené la dissolution du premier*. Elle produit à l'appui de ses dires : d'abord un certificat de coutume duquel il résulte qu'en vertu des privilèges octroyés par le gouvernement impérial ottoman à ses sujets non musulmans, les Ottomans appartenant au rite maronite sont soumis en Turquie au droit canon de l'Église catholique romaine, pour tout ce qui concerne leur mariage, et d'après la loi ecclésiastique du patriarcat œcuménique de Constantinople, le changement de religion est considéré comme une des raisons suffisantes pour demander un acte de divorce, — et ensuite, une pièce constatant la séparation de corps prononcée d'avec son premier mari en 1914. — Le premier mariage, ayant été régulièrement célébré selon les exigences du rite maronite, répond le Tribunal, doit produire tous ses effets, même en France, parce que le caractère purement civil du mariage soumis à la loi française n'empêche pas de déduire d'un mariage religieux contracté à l'étranger entre étrangers, les conséquences juridiques qu'il implique à leur égard d'après la loi qui régit leur état ; — à la suite du changement de religion de la dame Hassibé Khouri, le divorce n'ayant pas été

prononcé et la séparation de corps d'avec son premier mari étant intervenue après la célébration du second mariage, la première union n'est pas dissoute. — En conséquence, il ordonne l'annulation du second mariage.

§ 2. — *Influence du changement de nationalité*

Mais il peut arriver que le Français devienne le sujet d'une puissance étrangère et réciproquement que l'étranger devienne notre national, soit volontairement par la naturalisation, soit involontairement lorsqu'il s'agit d'une femme, comme conséquence de son mariage avec un individu d'une nationalité différente de la sienne.

1^o *Le mariage, lorsqu'il s'agit d'une femme.* — La femme suit la nationalité de son mari : tel est le principe admis par le législateur qui a donné la prééminence à l'époux sur l'épouse (art. 19 et 12 du Code civil). Il faut noter que la femme française qui épouse un étranger, ne suit pas la condition de son mari si la loi de ce dernier ne lui permet pas d'acquérir sa nationalité ; alors ne pouvant devenir étrangère, elle reste française.

La question de savoir s'il est loisible à l'étranger, mari d'une Française, de contracter une nouvelle union hors de France sans s'exposer à une poursuite

en bigamie dont sa femme prendrait l'initiative est résolue par l'article 7 du Code d'Instruction criminelle, modifié ultérieurement par la loi du 27 juin 1866. — Sous l'empire de la première rédaction, la Cour de Cassation (1) avait décidé : « qu'un étranger qui, pendant un premier mariage contracté, hors de France, a épousé une Française en pays étranger, *peut être poursuivi en France pour bigamie* ; — qu'il n'est pas fondé à exciper soit de l'incompétence des tribunaux français pour juger de la validité de son premier mariage, soit de sa qualité d'étranger qu'il aurait communiquée à sa seconde épouse, par le fait même de la célébration du second mariage ». — Aujourd'hui, c'est la solution contraire qu'il faut adopter. L'article 7 nouveau du Code d'Instruction criminelle prévoit les crimes commis par un étranger, mais la compétence de nos tribunaux est restreinte aux crimes contre la chose publique. Peu importe que cet étranger ait commis le crime de bigamie en épousant une Française ou une étrangère ; s'il est poursuivi, il pourra soulever l'exception d'incompétence.

Mais que dire de l'hypothèse inverse du Français, qui, après avoir épousé une étrangère, contracte un nouveau mariage ? L'individu qui a tenu cette conduite, est devenu bigame et sa femme est recevable

1. Cass., 20 nov. 1828. D. 29. 1. 33.

à porter une plainte contre lui devant les tribunaux français. C'est ce qu'avait jugé la Cour de Cassation dans un arrêt précité du 18 février 1819 (affaire Sarrazin (1)). L'accusé, renvoyé devant la Cour d'Assises, faisait valoir, entre autres moyens, dans son pourvoi en cassation : que le prétendu crime ayant été commis à Londres, pays étranger, et contre une étrangère, les tribunaux français étaient incompétents pour en connaître aux termes de l'article 7 du Code d'instruction criminelle. « Attendu que, répond la Cour suprême, lors donc que Georgiana Hutchinson est devenue l'épouse du demandeur, elle est aussi devenue française ; — que l'instant où ces deux qualités se sont fixées sur elle, est indivisible ; — qu'il n'a donc pas existé un moment où le crime qu'a pu former le mariage contracté avec elle ait pu être réputé commis envers une étrangère ; — que le crime que le demandeur est accusé d'avoir commis à Londres, par son mariage avec elle, avant que son premier mariage fût dissous rentre donc dans l'application de l'article 7 du Code d'Instruction criminelle. »

2° *Naturalisation. — Inefficacité des naturalisations frauduleuses.* — Le changement de nationalité, avons-nous dit, peut être volontaire par l'effet de la naturalisation à laquelle peut recourir la femme

1. Voir l'exposé des faits, p. 116.

aussi bien que l'homme. Il est arrivé souvent qu'un Français et même une Française, dans le but unique de faire célébrer une nouvelle union avant la dissolution d'une première, aient demandé et obtenu leur naturalisation dans un pays étranger qui admettait soit la bigamie, soit surtout le divorce avant son rétablissement chez nous par la loi du 27 juillet 1884. Une jurisprudence bien établie a décidé avec raison qu'une naturalisation, qui présente ce caractère frauduleux, doit être considérée comme non avenue ainsi que les effets que le prétendu naturalisé a voulu lui faire produire. « Le Français, marié en France avec une Française et qui s'est fait ensuite naturaliser en pays étranger, dit notamment la Cour de Cassation dans un arrêt du 16 décembre 1845 (1), dans le but d'y faire prononcer son divorce, ne peut, par cette naturalisation frauduleuse, attribuer à sa femme la qualité d'étrangère et rendre valable à son égard le divorce prononcé en pays étranger. »

« Par suite est nul le mariage qu'une femme française aurait contracté en Suisse avec ce Français ainsi naturalisé Suisse dans le but de faire prononcer son divorce selon la législation de ce pays... alors d'ailleurs que, par la connaissance qu'elle avait de ces faits, elle s'est rendue elle-même complice de la fraude employée par son mari ».

1. D. 46. 1. 100.

Dans la célèbre affaire de la princesse de Bauffremont, de cette femme qui, d'origine belge, séparée de corps d'avec son mari français, avait épousé à Berlin un sujet roumain, après s'être fait naturaliser allemande aux fins de pouvoir invoquer sa prétendue nouvelle loi nationale, qui répute divorcés les époux catholiques séparés judiciairement, le Tribunal de la Seine, et après lui, la Cour de Paris et la Cour de cassation ont jugé dans le même sens (1). Un autre arrêt de la Cour de Paris du 30 juin 1877 (2) adopte la même solution.

§ 3. — *Inefficacité des divorces frauduleux avant et depuis la loi du 27 juillet 1884*

Mais voici un cas où il a suffi au coupable d'une simple déclaration de domicile dans une ville étrangère pour aboutir à ses fins. Il s'agit d'un nommé Lavanant. Après avoir arraché à sa femme la plus grande partie de sa fortune et lui avoir rendu la vie insupportable, une séparation de corps est prononcée à ses torts et griefs. Quelques mois plus tard, il conçoit le projet de se remarier avec une jeune fille et introduit une instance en divorce devant le tribunal de Nice, puis se désiste pour se rendre à

1. Tribunal de la Seine, 10 mars 1876. — Paris, 17 juillet 1876. D. 78. 2. 1. — Cass., 18 mars 1878, D. 781. 201.

2. D. 78. 2. 6.

Genève où, à la faveur d'une déclaration de domicile et de faux témoignages de trois membres de sa famille, il obtient le divorce désiré. Pour éviter la signification des actes de la procédure à sa femme, il allègue qu'elle était sans domicile ni résidence connus et, le 16 mars 1908, il contracte son second mariage à Zurich. Mais tout finit par se savoir et l'épouse abandonnée poursuit à la fois la rétraction du jugement de divorce frauduleux et la condamnation pour faux témoignage des trois témoins de l'enquête (1), par jugement du Tribunal correctionnel de Nice, 21 juillet 1910. Mais le jury des Alpes-Maritimes, devant lequel Lavanant comparut, le 8 août 1912 (2) le regarda comme étant divorcé lors de la célébration de son second mariage et l'acquitta.

Le Français serait à plus forte raison coupable de bigamie et punissable de ce chef, s'il avait contracté sa nouvelle union chez nous après un divorce régulièrement prononcé à l'étranger avant 1884. La réciproque est vraie : « L'étranger légalement divorcé dans un pays ne peut pas contracter un autre mariage en France (Code civil, art. 147), a décidé la Cour de Douai (3)... surtout dans la ville que cet étranger et son ex-épouse ont toujours habitée, qu'ils habitent encore tous deux et devant l'officier

1. Voir, le *Bulletin du Palais*, du 6 août 1910.

2. *L'Eclairer de Nice*, du 9 août 1912.

3. Douai, 8 janvier 1877. D. 1878.1.7.

de l'état civil qui a célébré leur première union. »

La loi anglaise ne répute le divorce définitif qu'en vertu d'un second jugement, rendu six mois après le premier. En conséquence, devient bigame l'Anglais qui contracte un nouveau mariage alors que son divorce n'est encore que provisoire : le jury de la Seine en a ainsi décidé, le 17 octobre dernier, contre un nommé Walter Scott qui s'est vu infliger une condamnation particulièrement sévère à cinq ans de travaux forcés. Il est vrai que le coupable avait en outre deux maîtresses.

En Italie, où la rupture du lien conjugal n'est pas admise, le Tribunal pénal de Catane a rendu un jugement très intéressant dont voici la substance (1) : « Depuis la loi du 7 décembre 1905, promulguant en Italie la Convention de la Haye du 12 juin 1902, le divorce prononcé à l'étranger par l'autorité compétente produit ses effets en Italie, même entre conjoints originellement italiens ; mais l'obligation du célibat que le jugement étranger a pu imposer à l'un des conjoints divorcés, ne peut avoir aucun effet. En conséquence, ne commet pas le délit de bigamie le mari qui contracte en Italie un second mariage, malgré la défense de se remarier contenue dans un jugement de divorce ». Cette décision n'a plus qu'un intérêt rétrospectif depuis la dénonciation de

1. Catane, 5 décembre 1908. D. 1911.2.246.

la Convention de la Haye entre les puissances contractantes en 1913.

Depuis le rétablissement du divorce dans notre pays, il y a lieu de donner au ministère public le droit d'engager des poursuites pour bigamie contre le Français qui, déjà marié, se ferait naturaliser en pays étranger pour y faire prononcer son divorce par consentement mutuel, cause que le législateur n'admet plus, après l'avoir inscrite dans le Code de 1804.

CHAPITRE V

LA BIGAMIE EN DROIT COMPARÉ

Pour porter sur notre sujet un jugement aussi éclairé que possible, il nous faut voir quelle répression le législateur étranger a édictée contre la bigamie.

Allemagne

L'article 171 du Code pénal allemand dispose :

La personne mariée qui contracte une nouvelle union avant que son mariage ait été dissout, ou déclaré nul ou non valable, ainsi que la personne non mariée qui contracte mariage avec une autre personne qu'elle savait déjà mariée, sont punies de cinq ans de réclusion au plus. S'il y a des circonstances atténuantes, la peine est l'emprisonnement pour six mois au moins. Les poursuites se prescrivent à partir du jour où l'un des deux mariages a été dissout ou déclaré nul ou non valable. Ces dispositions ont été maintenues dans l'article 179 de l'avant-projet de révision 1909.

Angleterre

Une loi de Victoria prescrit que si quelqu'un, étant marié, contracte mariage avec un autre pendant la vie du mari ou de l'épouse antérieurs, il sera coupable de crime, « felony », indépendamment de la circonstance que la seconde union a été contractée en Angleterre, en Irlande ou ailleurs, et punissable des travaux forcés de trois à sept ans ou d'un emprisonnement de deux ans au moins, combiné ou non avec travail sévère.

Il faut noter que la première femme, au cours du procès, n'est pas admise à témoigner contre son mari parce qu'elle est sa vraie femme, tandis que la seconde peut comparaître comme témoin, parce qu'elle n'est pas sa femme du tout (1). Il est indispensable de faire la preuve de la célébration du premier mariage et de la cohabitation.

En outre, ne peuvent être poursuivies pour bigamie : 1^o la personne non sujette de l'Angleterre, qui a contracté un second mariage hors de la Grande-Bretagne ou de l'Irlande ; 2^o la personne qui a convolé en secondes noces alors que son précédent conjoint avait été continuellement absent pendant

1. Hale, *Pleas of the crown*, t. I, p. 693 et Lewn, *Peat's case*, t. II, p. 288.

les sept années immédiatement antérieures à la célébration de la seconde union et que ladite personne ne le savait pas en vie durant cette période. Toutefois celle-ci est nulle, si le premier conjoint réapparaît, bien qu'aucune condamnation ne puisse intervenir.

Indes anglaises. — L'article 494 du Code pénal pour les Indes édicte contre l'individu convaincu de bigamie une peine de sept ans au plus avec amende facultative.

La peine est portée à dix ans au plus avec amende facultative dans le cas où le bigame a caché à son second conjoint l'existence du mariage précédent (art. 495).

Canada. — Le Code pénal canadien de 1906, traite de la bigamie dans un paragraphe spécial intitulé : *Des infractions contre les droits conjugaux.*

Section 307. — 1° La bigamie est :

a) L'acte d'une personne qui, étant mariée, conclut un mariage avec une personne dans quelque partie du monde, ou :

b) L'acte d'une personne qui conclut un mariage dans quelque partie du monde avec une personne que lui ou elle sait mariée, ou :

c) L'acte d'une personne qui conclut un mariage avec plus d'une personne en même temps ou le même jour.

2° Le fait que les personnes, si elles eussent été célibataires, n'eussent pas pu contracter mariage, ne

peut être invoqué comme excuse dans un procès pour cause de bigamie ;

3° N'est pas bigame, quiconque conclut un mariage :

a) Si lui ou elle croit de bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables que son épouse ou son mari est mort, ou :

b) Si son épouse ou son mari a été continuellement absent pendant les sept dernières années et qu'il n'est pas prouvé que lui ou elle ait su que son épouse ou son mari était en vie à quelque instant pendant ces sept années ; ou :

c) Si lui ou elle a été libéré par le divorce des liens du premier mariage ; ou :

d) Si le mariage antérieur a été déclaré nul par une juridiction compétente.

4° Personne ne pourra être condamné du chef de bigamie pour avoir conclu un mariage dans un lieu hors du Canada et quitté le Canada dans l'intention de conclure un tel mariage ;

5° Chaque forme de mariage sera valide pour ce qui regarde cette section, nonobstant quelque acte ou faute de la personne accusée de bigamie, si c'est d'ailleurs une forme valide.

Section 308. — 1° Est coupable d'une infraction qui donne ouverture à des poursuites en vertu d'une plainte écrite et passible d'un emprisonnement de sept ans, quiconque commet l'infraction dénommée : bigamie ;

2° Quiconque commet cette infraction, après une condamnation préalable du chef d'une semblable infraction, sera passible d'un emprisonnement de quatorze ans.

Il est à remarquer que le Code pénal canadien n'a pas adopté notre distinction entre les crimes et délits. De plus le Canada, étant une colonie anglaise, la loi anglaise y est applicable, et spécialement la loi de Victoria relative à notre sujet.

Soudan. — L'article 402 du Code du Soudan, promulgué le 2 octobre 1899 sous la signature de « Kitchener of Kartoum, Governor général » est ainsi conçu : « Quiconque, ayant un mari ou une épouse en vie, se marie dans quelque cas où un tel mariage est nul parce qu'il a été conclu pendant la vie de ce mari ou de cette épouse, sera puni d'un emprisonnement de sept ans au plus et sera passible d'une amende.

États-Unis. — Un projet de Code pénal pour l'ensemble des États a été élaboré en 1901. Jusqu'à présent, les lois pénales de l'Union sont distinctes et ne forment pas un Code.

Voici le texte de la *Section 362* de ce projet, relatif à notre sujet : « Quiconque, du vivant de son mari ou de sa femme, épouse une autre personne, soit mariée, soit célibataire, est coupable de bigamie et sera puni d'une amende de 500 dollars au plus et d'un emprisonnement de cinq ans au maximum. »

Autriche. — En vertu des articles 206 et 208 du Code pénal autrichien : se rend coupable du crime de bigamie non seulement la personne qui contracte une seconde union avant la dissolution de la première, mais encore la personne non mariée qui se prête sciemment à un tel mariage. La peine varie de un à cinq ans de réclusion. Si le coupable a laissé ignorer son mariage antérieur à la personne qu'il épouse, il est passible des travaux forcés.

Mais un avant-projet de révision du Code pénal autrichien de septembre 1909 renferme un article 251 destiné à remplacer les articles 206 à 208 précités et ainsi rédigé :

1° Quiconque contracte un mariage, bien qu'un mariage conclu antérieurement n'ait été dissous ni par la mort de l'autre conjoint, ni par le divorce ou déclaré nul ;

2° Quiconque contracte un mariage avec une personne mariée est puni d'un emprisonnement de deux semaines à deux ans.

3° Lorsque l'auteur a cru que le mariage conclu antérieurement était nul, il est punissable, du chef d'un délit, d'un emprisonnement ou des arrêts de trois jours à six mois.

Hongrie. — Aux termes de l'article 271 du Code pénal hongrois de 1878, le bigame et la personne qu'il épouse connaissant l'existence du précédent mariage encourent trois ans de réclusion au maxi-

mum. — La peine peut être élevée à cinq ans contre le bigame qui a induit son second conjoint en erreur sur l'existence de sa première union. La validité de celle-ci est une condition essentielle du crime de bigamie. — Ces dispositions ont été maintenues par la loi du 30 juillet 1908 qui a modifié et amplifié le Code pénal.

Bulgarie. — Dans le Code pénal bulgare du 2 février 1896 la bigamie fait l'objet du chapitre VIII de la partie 1^{re} : *Des délits et de leurs peines*.

Art. 210. — Quiconque conclut un autre mariage pendant l'existence d'un mariage valide, est puni de la réclusion de cinq ans au plus.

Encourt la même peine quiconque contracte un mariage avec une personne, qu'il sait être mariée valablement.

Art. 211. — Quiconque conclut un mariage double en usant de fraude ou de tromperie, est puni de la réclusion de sept ans au plus.

Art. 212. — Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à des personnes, dont la confession de foi tolère plus d'un mariage à la fois.

Art. 213. — Quiconque reçoit chez lui une femme étrangère qui n'est pas encore séparée légalement, ou une femme qui reçoit chez elle un homme non encore séparé légalement, sont punis d'un emprisonnement d'un an au plus, lorsqu'ils vivent en concubinage.

Belgique. — L'article 391 du Code pénal belge punit de la réclusion quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en contracte un autre avant la dissolution du précédent.

Pays-Bas. — Encourt un emprisonnement de quatre ans au plus :

1° Quiconque, avec intention, contracte un nouveau mariage avant la dissolution du précédent ;
2° quiconque se marie avec une personne, sachant qu'elle est déjà engagée dans les liens d'un autre mariage.

La personne déjà mariée qui cache cette circonstance à celle qu'elle entend épouser est passible d'un emprisonnement de six ans au plus.

Ces dispositions qui sont celles des articles 28 1° et 4° et 237 du Code pénal de 1881, ont été conservées dans le projet de révision de 1904 présenté par le gouvernement.

Danemark. — L'article 160 du Code pénal danois porte que :

Toute personne mariée qui aura contracté un autre mariage, sera punie de deux à six ans de travaux forcés ; néanmoins, en cas de circonstances particulièrement atténuantes, la peine pourra être réduite au minimum des travaux forcés dans une maison de correction, et même à l'emprisonnement au pain et à l'eau, pendant quatre fois cinq jours au moins, si la cohabitation entre les époux

avait cessé depuis longtemps en vertu d'un acte de séparation ; il en est de même si l'époux coupable avait lieu de croire que son conjoint était mort.

Toute personne non mariée qui aura contracté un mariage avec une personne mariée, en sachant qu'elle était mariée, subira jusqu'à deux ans de travaux forcés dans une maison de correction, ou, en cas de circonstances particulièrement atténuantes, l'emprisonnement au pain et à l'eau, pendant deux fois cinq jours au moins. Si elle l'ignorait à l'époque du mariage, mais qu'elle ait continué la cohabitation après en avoir eu connaissance, elle sera de la peine de l'emprisonnement.

Espagne. — Celui qui contracte un nouveau mariage, dit l'article 486 du Code pénal espagnol de 1870, avant la dissolution du précédent est puni de l'emprisonnement majeur (*prision mayor*).

Encourra la même peine celui qui contractera mariage, étant engagé dans les ordres sacrés ou lié par un vœu solennel de chasteté.

Quiconque contracte un mariage, nonobstant un empêchement dirimant pour lequel l'Église n'accorde pas de dispense, est puni de l'emprisonnement mineur (*prision menor*) (art. 487).

Quiconque, se trouvant contracté dans les liens d'un mariage religieux indissoluble, abandonne son conjoint et contracte avec une autre personne un nouveau mariage d'après la loi civile ou *vice versa*,

bien que le mariage religieux nouvellement contracté ne fût pas indissoluble, est passible soit des arrêts majeurs à leur degré supérieur, soit de l'emprisonnement correctionnel à son degré inférieur avec réprimande publique (art. 455).

Ce dernier article n'est pas maintenu dans les projets de réforme de 1884-1885.

Portugal. — La répression contre la bigamie est prévue aux articles 337 et 338 du Code pénal portugais de 1886.

Art. 337. — Tout homme ou toute femme qui aura contracté un second mariage, avant la dissolution d'un précédent, sera puni d'un emprisonnement majeur cellulaire de deux à huit ans, ou, à défaut de l'établissement où cette peine doit être exécutée, de l'emprisonnement majeur temporaire, et, dans les deux cas, du maximum de l'amende.

Art. 338. — Si l'homme ou la femme qui a contracté un tel mariage, savait que son conjoint était déjà marié, il sera puni des peines prévues pour le cas de complicité.

Italie. — Aux termes de l'article 359 du Code pénal italien du 30 juin 1889, « Quiconque, étant lié par un mariage valable en contracte un autre, et quiconque étant libre contracte mariage avec une personne valablement mariée, est puni de la réclusion ou de la détention de un à trois ans. Si le coupable a induit en erreur la personne avec laquelle il

a contracté mariage sur la liberté de son propre état ou de l'état de cette personne, la peine est celle de la réclusion de trois à sept ans.

L'article 360 porte que la prescription de l'action pénale, quant au délit prévu à l'article précédent, court du jour où est dissous l'un des deux mariages, ou de la date de la déclaration de la nullité du second à raison de la bigamie.

Russie. — Celui qui aura contracté un mariage, dit l'article 412 du nouveau Code pénal russe du 22 mars 1903 qui a remplacé le Code pénal de 1886, alors qu'il était engagé dans les liens d'un précédent mariage, sera puni, sauf dans le cas où pareil mariage aurait été autorisé par les prescriptions de la religion du coupable, reconnues par la loi :

Si c'est le conjoint bigame, de la détention dans une maison de correction ;

Si c'est le conjoint complice du bigame, de l'emprisonnement.

L'infraction, étant punie de peines correctionnelles, est un délit en vertu de l'alinéa 2 de l'article 3 du même Code.

Finlande. — Le cas de bigamie fait l'objet des §§ 4, 5 et 6 du chapitre XIX de *l'adultère* dans le Code pénal finlandais révisé du 19 décembre 1889 :

§ 4. — L'homme marié qui aura contracté mariage avec une femme non mariée ou la femme mariée qui aura contracté mariage avec un homme non

marié, seront punis pour bigamie de la réclusion pendant quatre ans au plus. — Si les circonstances sont particulièrement atténuantes, la peine sera celle de l'emprisonnement pour une durée de deux mois à deux ans. Si l'individu non marié savait que l'autre était marié, il sera puni de la réclusion ou de l'emprisonnement pour deux ans au plus.

§ 5. — L'homme et la femme qui, étant déjà engagés dans les liens du mariage, auront contracté mariage l'un avec l'autre, seront punis de la réclusion pour six ans au plus.

Si les circonstances sont particulièrement atténuantes, la peine sera celle de l'emprisonnement pour six mois au moins.

§ 6. — Si une personne mariée se fiance à une autre, elle sera punie de l'emprisonnement pour un an au plus ou d'une amende de 50 marks (1) au moins. Si la personne non mariée savait que l'autre l'était, elle sera punie, si elle était auparavant fiancée avec un tiers, de l'emprisonnement pour six mois au plus et d'une amende de 500 marks au plus ; mais, dans le cas contraire, de l'emprisonnement pour trois mois au plus et d'une amende de 300 marks au plus. Si la cohabitation a suivi ces fiançailles, on appliquera les §§ 4, 5.

Suède. — Le Code pénal suédois de 1864 consacre

1. Le marc finlandais vaut un franc.

les §§ 4, 5 et 6 de son chapitre XVII à la répression de notre crime.

« L'homme marié et la femme mariée qui, avant la dissolution du mariage, en auront contracté un autre avec une personne non mariée, seront punis, pour fait de bigamie, de six mois à quatre ans de travaux forcés. La peine est de deux à six ans de travaux forcés, si le second mariage est contracté avec une personne mariée, elle aussi.

La personne non mariée qui aura sciemment contracté mariage avec une personne mariée, sera punie de deux ans de travaux forcés au plus.

Norvège. — Le nouveau Code pénal norvégien de 1903 dispose dans son article 220 :

« Quiconque contracte un mariage nul pour cause de mariage antérieur (de parenté ou d'alliance) ou prête son concours à la conclusion d'un tel mariage est puni de quatre ans d'emprisonnement qualifié (1) au moins et de six ans d'emprisonnement qualifié au plus, si l'autre conjoint ignorait cette nullité.

Quiconque provoque la célébration d'un mariage nul en la forme avec une personne qui ignore cette nullité ou prête son concours à la célébration dudit mariage, est passible de quatre ans d'emprisonnement qualifié au plus.

Suisse. — A l'heure actuelle, le Code pénal fédéral

1. Cette peine correspond à notre réclusion.

n'existe que sous la forme d'un projet, élaboré depuis 1908 et dont l'article 139 s'exprime en ces termes : « Le conjoint qui, avant la dissolution de son mariage, en aura contracté un nouveau, sera puni de la réclusion jusqu'à cinq ans ou de l'emprisonnement pour trois mois au moins. »

« La personne non mariée qui aura sciemment contracté mariage avec une personne mariée sera punie de la réclusion jusqu'à trois ans ou de l'emprisonnement (dont la durée varie de huit jours à deux ans aux termes de l'article 29 du même projet).

La prescription de l'action publique ne courra pas tant que plusieurs mariages coexisteront. »

Mais en attendant la promulgation de ce nouveau Code pénal fédéral, les principaux Codes pénaux cantonaux prévoient une répression contre la bigamie.

Berne. — L'article 174 du Code pénal bernois punit tant le bigame que son complice de deux à cinq ans de réclusion.

Appenzell, Rhôdes Extérieures. — La bigamie est qualifiée « crime » par l'article 99 du Code pénal qui prévoit pour sa répression l'emprisonnement et l'amende ou la réclusion jusqu'à deux ans. Le même article punit le second conjoint de mauvaise foi d'un emprisonnement et d'une amende ou de la réclusion pour un an au plus.

Appenzell, Rhôdes Intérieures. — Un époux qui

contracte un nouveau mariage, dit l'article 148 du Code pénal entré en vigueur le 30 avril 1899, tandis que son mariage légitime existe encore, sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de la maison de travail pour cinq ans au plus ; mais la personne célibataire qui contracte sciemment un mariage avec une personne mariée, de la réclusion pour deux ans au plus ou de la maison de travail pour trois ans au plus.

Argovie. — Dans ce canton, la personne mariée qui contracte une nouvelle union avant la dissolution de la première et la personne non mariée qui a consenti à un tel mariage, encourent l'une et l'autre de un à quatre ans de réclusion (art. 76 du Code pénal argovien de 1857). La peine est de deux à six ans de réclusion, si la personne mariée a caché à l'autre partie sa véritable condition.

Bâle (Ville et Campagne). — L'article 87 du Code pénal (1) punit également le bigame et son complice : la peine est la réclusion jusqu'à cinq ans ou l'emprisonnement pour six mois au moins.

Fribourg. — Dans le canton fribourgeois, la peine varie, pour le bigame et son complice, de un à six ans de réclusion. « En fixant la durée de la peine, et pour l'atténuer, le juge prendra en considération la circonstance que l'époux bigame a, avant le mariage,

1. *Recueil officiel des lois*, t. XVIII.

fait connaître à son nouveau conjoint qu'il était marié... L'exception de bonne foi est admise (art. 203 et 204 du Code pénal fribourgeois de 1873).

Genève. — Voici le texte de l'article 283 du Code pénal genevois qui a trait à notre sujet « quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans.

Le Code punit ensuite l'officier de l'état civil qui a prêté son ministère à ce mariage, mais il ne dit rien du complice.

Glarus. — Le bigame y encourt la réclusion pour deux ans au plus et le second conjoint de mauvaise foi « l'*arbeitshaus* ». Si le bigame a prétendu qu'il n'était pas marié, il subit la réclusion pour quatre ans au plus (art. 82 du Code pénal révisé du 7 mai 1899).

Grisons. — La peine applicable au bigame est la réclusion jusqu'à quatre ans (art. 139). La personne non mariée qui a épousé sciemment une personne mariée, est punie de la réclusion ou de l'emprisonnement pour deux ans au plus (art. 140); mais si elle a ignoré l'état marital de son conjoint, on peut lui infliger un emprisonnement de trois mois au plus (art. 141). Dans les cas des articles 139 et 140, les peines accessoires de la destitution des fonctions publiques ou de la perte des droits de citoyen actif,

pour un temps plus ou moins long, peuvent en outre frapper les coupables (art. 142).

Lucerne. — La pénalité édictée par l'article 123 du Code pénal contre le bigame, est établie suivant les distinctions suivantes : 1° La réclusion de deux à six ans : a) lorsque le coupable se marie avec une personne également engagée dans les liens du mariage et lorsque cet état marital lui était connu ; b) lorsqu'il a caché son état marital à la personne avec laquelle il a conclu la nouvelle union ; 2° la réclusion de un à quatre ans, dans les autres cas. Le second conjoint de mauvaise foi se voit infliger une détention pour six mois à un an.

Neuchâtel. — L'article 149 du Code pénal de 1856 punit le coupable de un à six ans de détention.

Obwalden. — L'époux qui conclut un nouveau mariage tandis que son mariage légitime antérieur existe encore, se rend coupable du crime de bigamie. Il est puni de la réclusion pour deux ans au plus et l'autre partie, qui a conclu le mariage avec lui, pour un an au plus, lorsqu'elle n'était pas encore mariée, mais qu'elle savait que l'autre l'était. Si le coupable a soutenu à son second conjoint qu'il était libre, il encourt la réclusion pour quatre ans au plus (art. 66 du Code pénal).

Schaffouse. — Le bigame et son second conjoint, également de mauvaise foi, sont frappés de la peine de l'emprisonnement au premier degré pour six mois

au moins ou de la réclusion pour quatre ans au plus. La peine doit être aggravée dans les limites légales, lorsque le nouveau mariage a été conclu en cachant l'existence du mariage antérieur.

Schwyz. — Le bigame encourt la réclusion pour six ans au plus. Le second conjoint encourt la moitié de cette peine.

Soleure. — Le bigame et son complice sont punis de un à cinq ans de réclusion (« Einsperrung ») (art. 91 du Code pénal de 1874).

Turgovie. — L'article 117 du Code pénal inflige au bigame la peine de « l'arbeitshaus » pour un à trois ans, et pour trois à six ans s'il a caché son état marital à son deuxième conjoint.

Valais. — Sont passibles de la réclusion de trois à huit ans le bigame et son second conjoint, s'il a eu connaissance du mariage antérieur non dissous (art. 209 du Code pénal).

Vaud. — Celui qui, étant marié, contracte un nouveau mariage, même en pays étranger, est puni de la réclusion de trois à huit ans. Néanmoins si, avant le mariage, il a fait connaître à son nouveau conjoint qu'il était déjà marié, la peine est la réclusion de dix-huit mois à six ans ; dans ce cas, le nouveau conjoint est puni comme complice. L'exception de bonne foi peut être admise (art. 206 du Code pénal de 1867).

Zoug. — Le bigame et son second conjoint de

mauvaise foi y encourent la peine de la réclusion ou de « l'arbeitshaus » (art. 97 du Code pénal).

Zurich. — L'article 120 du Code pénal zurichois de 1870 inflige au bigame et à son complice cinq ans de maison de force (« arbeitshaus ») au maximum. La prescription du délit commence du jour où l'un des deux mariages a été dissous ou annulé.

Argentine. — En vertu de l'article 143 du Code pénal argentin de 1886, la bigamie est punie de trois à six ans de « penitenciaría » (peine qui tient le milieu entre l'emprisonnement et la réclusion).

Uruguay. — L'article 306 du Code pénal de 1888 dispose que le bigame encourt de deux à quatre ans de « penitenciaría ». S'il a usé de manœuvres frauduleuses pour dissimuler son véritable état, la peine est de quatre à six ans.

Article 307 : « La personne libre qui aura épousé une personne mariée sera punie d'une peine « de prison » de quinze à dix-huit mois. »

Chili. — L'article 382 du Code pénal chilien de 1874 inflige au coupable la « réclusion menor » à son degré le plus élevé (c'est-à-dire pour une durée de trois ans et un jour à cinq ans).

Pérou. — Au Pérou, le bigame est puni de la « peine au quatrième degré » (qui correspond à un emprisonnement de quarante mois à quatre ans) (art. 296 du Code pénal de 1856).

Japon. — Article 184 du nouveau Code pénal japo-

nais du 23 avril 1907 : « Quiconque, étant déjà marié, conclut un autre mariage est puni de la réclusion pour deux ans au plus. La même règle s'applique à celui qui, n'étant pas marié, a épousé une personne mariée. »

Il n'existe aucune distinction entre les infractions.

Siam. — Enfin nous notons que le Code pénal du Siam du 1^{er} juin 1908, entré en vigueur le 22 septembre suivant, ne réprime pas la bigamie (1).

Arrivé au terme de cette longue énumération de textes qui sanctionnent à l'étranger la prohibition pour un même individu de conclure deux ou plusieurs mariages coexistants, et en l'absence de renseignements plus nombreux et plus précis, nous nous bornons à faire cette remarque : la bigamie est punie seulement de peines correctionnelles, et nous apparaît dès lors comme un simple délit, au Canada au Soudan, dans le projet du Code pénal américain, dans le projet de révision autrichien, en Hollande et dans le canton de Genève.

1. Tous ces renseignements sur la législation comparée en matière de bigamie ont été recueillis dans le *Répertoire alphabétique de Droit français* de Fuzier-Herman, v^o *bigamie*, n^{os} , à l'« Office de législation étrangère du Ministère de la Justice », et surtout dans l'ouvrage de M. O. Q. Van Swinderen, Ancien Président du Tribunal de Groningue, intitulé : *Esquisse de Droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger* (9 tomes parus de 1891 à 1912).

CONCLUSION

Aussi nous ne croyons pas donner à cette étude de notre sujet au point de vue pénal une conclusion hardie en exprimant le désir que, si jamais l'article 340 de notre Code pénal vient à être réformé, le législateur fasse de la bigamie un simple délit punissable de deux à cinq ans d'emprisonnement, par exemple. Il y aurait à cette solution nouvelle, qui rompt tout à fait avec les idées traditionnelles en cours au moins jusqu'à la fin du droit intermédiaire, deux avantages : la correctionnalisation de la peine et la substitution des magistrats de carrière au jury.

La statistique du Ministère de la Justice nous a révélé que de 1905 à 1913, deux accusés seulement sur un total de 71 ont encouru les travaux forcés à temps, peine prévue par la loi, et que la réclusion n'a pas été prononcée du tout. Les décisions toutes récentes que nous avons eu l'occasion de recueillir, chemin faisant, nous ont habitué davantage à cette idée que le crime de bigamie est puni d'une façon presque constante d'emprisonnement comme un simple délit. A quoi bon maintenir dans la loi une sévérité qui n'est plus de mise en pratique !

L'acquittement, exceptionnel il y a une vingtaine d'années, est devenu le sort de la plupart des accu-

sations pour bigamie. Nous ne nions pas que, dans certains cas, l'accusé ne doive être déclaré innocent ou que sa culpabilité ne soit mitigée par la présence de circonstances réellement atténuantes. Mais nous ne surprendrons personne en disant que, les jurés se laissent trop souvent entraîner par la défense à une absolution ou à une condamnation très indulgente et qu'ils font plus d'une fois preuve, dans l'accomplissement de ses fonctions, d'une instruction juridique insuffisante.

Que nous sommes loin de la conclusion optimiste que l'on était admis à formuler au lendemain de la promulgation de la loi de 1897, lorsque l'on ne connaissait pas encore ses résultats décevants, dûs à une mauvaise application ! — « La bigamie va bientôt disparaître, disait à cette époque M. Brohan dans sa thèse (1) ; elle deviendra sans doute un délit ordinaire que les lois mentionneront pour mémoire, mais le jour est proche où cette infraction n'offrira plus qu'un pur intérêt historique ! » Les événements se sont chargés de démentir ce pronostic : la guerre actuelle a été une occasion sans précédent pour les bigames de réaliser leurs projets et ils en ont très largement profité.

1. *Étude sur la bigamie*, Paris, 1898, p. 137 et 138.

DEUXIÈME PARTIE

RAPPORTS DE LA BIGAMIE AVEC LE DROIT CIVIL

Les effets civils de la bigamie, avec ou sans intention coupable, dominant toute cette partie ; c'est la question la plus importante, c'est celle qui nous retiendra le plus longtemps.

Nous aurons d'abord à parler de l'annulation du second mariage, parce qu'en fait le conflit entre les effets des deux mariages ne se produit, dans la plupart des cas, qu'au jour de cette annulation. Auparavant l'existence de la première union n'est même pas soupçonnée ; la seconde, ayant tous les dehors de la régularité, a produit ses effets comme si elle était valable.

Nous aurons, en outre, à nous occuper des cas de bigamie non punissables, c'est-à-dire des hypothèses où l'époux qui a convolé en secondes noces, a cru sincèrement à la dissolution de son premier mariage, soit par le divorce, soit par la mort de son conjoint.

Ces cas feront l'objet d'un premier chapitre qui servira de transition naturelle entre les deux parties de notre étude sur la bigamie.

CHAPITRE PREMIER

DES CAS DE BIGAMIE NON PUNISSABLES (1)

§ 1^{er}. — *Remariage de bonne foi à la suite d'un divorce définitif*

Nous avons pu recueillir deux exemples de ces remariages appartenant à la jurisprudence la plus récente. Ce sont deux jugements du Tribunal de la Seine, l'un du 6 janvier 1916, l'autre du 22 novembre suivant (2), intervenus dans les circonstances suivantes. — Le Parquet de la Seine avait posé pour règle qui avait été strictement observée par lui et par les mairies : le futur, se disant divorcé, devait apporter la pièce constatant la transcription de son jugement de divorce sur les registres des actes de l'état civil.

1. A propos de l'exception préjudicielle, nous avons parlé de l'hypothèse du conjoint qui se remarie sachant son premier mariage nul et sans avoir pris soin de provoquer son annulation au préalable. Il est regrettable, avons-nous dit, que le législateur n'ait pas fait de cette négligence une infraction.

2. Le premier de ces jugements a été publié dans *la Loi* du 3 novembre 1916, l'autre dans *la Loi* du 18 janvier 1917.

Puis il a fait dérogation à cette exigence très sage dans l'espèce, jugée par le Tribunal de la Seine le 6 janvier 1916. Il s'agissait de deux conjoints qui, chose extraordinaire, avaient obtenu chacun un jugement de divorce (l'un n'avait pas été transcrit, l'autre n'était pas encore définitif) et qui étaient tous les deux de bonne foi. Les juges décidèrent que le nouveau mariage contracté dans ces conditions était nul pour cause de bigamie et invitèrent l'époux dont le divorce n'était pas encore transcrit, à diligenter cette transcription et à provoquer une seconde célébration de l'union annulée.

Le second jugement du Tribunal de la Seine, rendu le 22 novembre dernier sous la présidence de M. Servin, statuait sur une espèce à peu près semblable. Une femme s'était remariée au début de 1914, alors que son divorce d'avec son premier mari ne devait être transcrit que deux ans plus tard. Son avocat osa soutenir devant la Première Chambre du Tribunal, à l'encontre de l'opinion unanime des auteurs et d'une jurisprudence constante, que le dernier alinéa de l'article 252 du Code civil concernait aussi bien la dissolution du lien conjugal que les intérêts pécuniaires des époux, — que sa cliente était divorcée depuis le jour de la demande en divorce, c'est-à-dire antérieurement à son second mariage : « il y avait, disait-il, *bigamie apparente*. »

L'erreur commise par les conjoints était très excu-

sable. Le but de la transcription du jugement de divorce sur les registres des actes de l'état civil est généralement ignoré : on répute simple mesure de publicité ce dont le législateur a voulu faire une formalité indispensable pour rendre définitive la rupture du lien conjugal. Cette conception assez inattendue, qui est l'objet du paragraphe 4 de l'article 252 du Code civil et dont l'importance pratique était mise en valeur par les auteurs, est battue en brèche depuis quelque temps. Un projet de loi qui prévoit la suppression de l'alinéa 4 de l'article 252 a été voté par la Chambre le 2 avril 1915. Déposé le lendemain par le Garde des Sceaux sur la tribune du Sénat, il a été renvoyé à la Commission sénatoriale dont le rapporteur M. Guillier a déposé son rapport le 14 décembre dernier. Lorsque le Sénat aura ratifié l'opinion de la Chambre, ce qui n'est guère contestable, le divorce deviendra définitif du jour où le jugement ou l'arrêt qui l'aura prononcé aura acquis l'autorité de la chose jugée ; cette règle est déjà suivie notamment pour les rectifications des actes de l'état civil, les établissements ou annulations des dits actes par jugements, les annulations de mariages ou de reconnaissances, les déclarations judiciaires de paternité ou de maternité naturelle, les désaveux de paternité, les réclamations ou contestations d'état, etc...

L'erreur imputable au Parquet de la Seine était d'autant plus déraisonnable que celui des deux

divorces qui n'était pas définitif, avait été prononcé par un jugement en date du 23 mai 1914 et que la célébration du second mariage avait eu lieu dès le 10 août suivant, à une époque où le délai d'appel n'était manifestement pas écoulé. L'autorisation du Parquet mettait bien l'officier de l'état civil à l'abri d'une condamnation pécuniaire par application de l'article 50 du Code civil; mais il ne le garantissait par contre une action possible en dommages intérêts des parties qui, à leur insu, avaient contracté une union nulle et annulée par la suite en justice (1).

§ 2. — Remariage du conjoint de l'absent

1° DROIT COMMUN (art. 139 du Code civil): a) *Ledit mariage est inattaquable en principe.* — Le remariage de l'époux croyant à la mort de son conjoint ne se produit guère que dans l'hypothèse de l'absence de ce dernier, hypothèse d'un examen particulièrement délicat en raison de l'état d'incertitude où l'on est sur la vie ou la mort de l'absent.

Il n'est pas indifférent de faire ici un rapide historique. Dans le droit romain ancien, la femme d'un homme disparu au cours d'une guerre ou fait captif, pouvait se remarier au bout de cinq ans. Mais Jus-

1. Voir les deux exemples cités par M. Édouard Lévy dans son article de *la Loi* du 3 novembre 1916.

tinien, sous l'influence du christianisme, qui regardait le mariage comme absolument indissoluble en dehors de la mort de l'un des époux, défendit à la femme de se remarier sans preuve certaine du décès de son mari. Cependant cette solution fut maintenue par l'ancien droit, et le Code civil. Avec la loi du 20 septembre 1792, la législation révolutionnaire était revenue au délai de cinq ans que la loi du 4 floréal an II avait même abaissé à deux ans. D'Aguesseau, pour concilier l'intérêt des époux et le respect de la loi, exprimait sur la question une opinion intermédiaire assez ingénieuse, mais, à la vérité, peu pratique : « Jusqu'à ce qu'il soit absolument certain, disait-il dans son vingt-huitième plaidoyer (affaire Coliquet), que le premier mari était vivant dans le temps du second mariage, on oblige ceux qui ont été mariés dans cet état d'incertitude à vivre séparément et l'on ne prononce pas la dissolution de leur mariage, qui demeure en suspens ». Demante, reprenant la même idée en la modifiant un peu, avançait : « qu'il paraîtrait raisonnable que le doute qui subsiste sur l'innocence du commerce établi entre les nouveaux époux, les autorisât respectivement à obtenir la permission de vivre séparés (1). Sur quoi, Demolombe fait observer non sans raison

1. *Encyclopédie*, v° Absent., n° 133.

que, si les époux sont d'accord, ils n'ont même pas besoin d'être autorisés (1).

Telles sont les données de l'histoire. Si nous en venons aux arguments juridiques, voici comment on peut justifier l'opinion actuelle ; en présence de l'article 227 du Code civil, qui énumère comme causes de dissolution du mariage la mort de l'un des époux et le divorce légalement prononcé, il est logique d'affirmer que l'absence ne compte pas parmi ces causes de dissolution (2). Même durerait-elle très longtemps, même l'absent non encore de retour aurait-il plus de cent ans d'âge, elle n'autoriserait pas l'époux encore présent à convoler en secondes noces (3). Et le ministère public, ainsi que les personnes munies du droit d'opposition, pourraient empêcher la célébration de ce second mariage tant que l'époux présent ne rapporterait pas l'acte de décès de l'absent, seule preuve régulière de la mort d'une personne. Mais, si ledit mariage vient à être contracté, il est inattaquable aussi longtemps que dure l'absence, parce que le vice qui l'entache doit être regardé comme un simple empêchement prohibitif.

1. *Coars de Code civil*, t. II, n° 262,

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 1120.

3. L'avis du Conseil d'État du 17 germinal au XIII est conforme à cette manière de voir, mais le projet du Code civil avait adopté l'opinion contraire qui fut abandonnée, Planiol, *loc. cit.*

Il y a encore une raison plus décisive : le Code civil, dans son article 139, réserve seulement à l'absent de retour l'exercice de l'action en nullité contre le second mariage de son conjoint. Tant qu'il n'avait pas réapparu, le scandale n'était pas né : l'union, qu'il pourra désormais faire annuler, avait tous les dehors de la régularité. Le ministère public n'aurait pu agir, puisqu'il aurait dû démontrer l'existence de l'absent, preuve que nul ne pouvait apporter.

b) *Cas où le mariage en question peut être annulé.*

— Néanmoins, il y a lieu de se demander si, dans certains cas, des personnes déterminées ne peuvent attaquer le mariage de l'époux présent contracté pendant l'absence de son conjoint. Ces cas peuvent se ramener à trois : α) annulation du mariage pendant l'absence par le fondé de pouvoir de l'absent ; β) annulation du mariage en cas de mort de l'absent ; γ) annulation du mariage en cas de retour lorsque celui-ci n'agit pas.

α) *Annulation du mariage pendant l'absence par le fondé de pouvoir de l'absent* (art. 139 du Code civil in fine). — L'article 139 du Code civil, nous l'avons vu au chapitre précédent, donne à l'absent, s'il revient, le droit exclusif de faire annuler le mariage en question. Il lui permet aussi de le mettre à néant lorsqu'il n'est pas encore de retour, par l'intermédiaire de son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence. Cette formule a donné lieu à de

sérieuses difficultés d'interprétation. Tout d'abord, quelle est la véritable nature juridique du représentant de l'absent ? Il est de droit commun qu'une personne, pendant son absence, peut charger une autre personne de faire quelque chose pour elle et, s'il s'agit de ce simple mandataire, le reproche d'inutilité que l'on pourrait faire ici à la loi ne serait peut-être pas immérité. Quoi qu'il en soit, le fondé de pouvoir agit-il en vertu d'une procuration spéciale ou suffit-il que l'absent lui ait donné mission de le représenter dans toutes ses affaires ? Trois réponses différentes ont été faites à cette question. D'abord on a dit, avec raison, pensons-nous, c'est du procureur fondé laissé par l'absent qu'il s'agit et que le Code civil parle dans l'article 121 dans cette même matière de l'absence (1).

Un mandataire spécial désigné par l'absent aurait été la preuve vivante de son existence. Au surplus, une autre raison, puisée dans les travaux préparatoires complète l'argument : l'article 28 du projet parlait d'un fondé de procuration spéciale tandis que

1. Sur l'interprétation de l'article 121, les auteurs sont divisés ; les uns pensent que le représentant de l'absent doit avoir une procuration générale : en ce sens, Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 625 ; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 151, p. 914 ; — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *op. cit.*, t. II, n° 1088. — D'autres au contraire ont soutenu qu'un pouvoir spécial était suffisant : en ce sens, Marcadé, *op. cit.*, art. 122, n° 2. — Demolombe, t. II, n° 54. — Toullier, t. I, n° 424. — De Moly, nos 100 et 225. — Hui, t. I, n° 411. — Talandier, *Nouveau traité des absents* (1824), p. 104.

l'article 139 nomme le fondé de pouvoir de l'absent, ce qui prouve que l'idée de la procuration spéciale doit être rejetée (1).

C'est bien en vertu d'une procuration spéciale que doit agir le fondé de pouvoir, ripostent d'autres : l'action en nullité d'un mariage est trop grave pour que le législateur ait voulu qu'il en soit autrement ; même si on admettait l'opinion contraire, il faudrait limiter son application au cas de simple présomption d'absence, puisque c'est seulement pendant cette période que l'absent est légalement réputé encore en vie.

Enfin un troisième système assez ingénieux a été soutenu par MM. Duranton et Demante (2). La procuration que prévoit l'article 139 est une procuration générale, donnant éventuellement le pouvoir d'attaquer le mariage. L'adoption d'un pareil système n'irait pas sans inconvénients. En premier lieu, il y a un argument moral, qui vaut aussi à l'encontre de l'opinion précédente : il faut supposer, ce qui est bien invraisemblable, dans une hypothèse déjà exceptionnelle, que l'absent, avant son départ, fasse si peu de cas de la fidélité et de l'affection de son conjoint à son égard au point de craindre un remariage avant

1. Voir en ce sens : Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, art. 139, n° 3.

2. *Cours de Droit français* t. I, n° 524. — *Encyclopédie*, V° absent, n° 157.

qu'il ne revienne ou que l'on ait acquis la preuve certaine de sa mort. Il existe une autre raison, juridique celle-là : on risquerait de faire application du mandat, cinq ou dix ans après la disparition ou les dernières nouvelles, à une époque où l'absent est peut-être mort et le second mariage contracté valable.

Le fondé de pouvoir, dit la loi, doit être muni de la preuve de l'existence de l'absent. Cette disposition a embarrassé plusieurs auteurs, entre autres Maleville, sur l'article 139 : « Elle paraît d'abord singulière, dit-il, car l'époux n'a pu donner un pouvoir sans exister et le pouvoir justifie seul l'existence..... J'aime donc mieux croire que ces termes « muni de la preuve de son existence » sont une inutilité et ont échappé au législateur » (1).

L'idée que « le pouvoir justifie l'existence » n'est pas exacte, ont répliqué les partisans de l'opinion contraire, que nous croyons préférable. Un acte portant procuration peut très bien prouver le pouvoir de celui à qui la procuration est donnée, sans établir suffisamment l'existence de la personne qui a transmis ce pouvoir : par exemple, lorsque la procuration est faite sous-seing privé (art. 1985 du Code civil). La preuve de l'existence d'une personne ne paraît pou-

. 1. Dans le même sens : Valette sur Proudhon, t. I, p. 304 et Plasmann, *Code et Traité des absents*, t. I, p. 321.

voir résulter que d'un « certificat de vie » délivré par les officiers publics et avec toutes les formalités prévues par la loi (1).

Mais à quelle époque la preuve a-t-elle dû être fournie ? A l'époque où le nouveau mariage a été contracté, a-t-on répondu, la nullité de celui-ci résultant précisément de l'existence de l'absent au moment de sa célébration (2). Cependant nous croyons préférable de penser que la preuve doit être constituée seulement au moment où l'action en nullité est intentée. C'est l'avis de Demante (3). « La mort éteignant le mandat, dit-il, la qualité du fondé de pouvoir est incertaine si la vie du mandant est douteuse. »

Enfin s'agit-il seulement du mariage de l'époux de l'individu « déclaré absent » ? Proudhon l'a soutenu (4) : il faut un jugement de déclaration d'absence pour fonder la bonne loi de l'époux présent ; le mot « absent » de l'article 139 ne comprend pas le présumé absent (5).

La Cour de Cassation a ainsi jugé dans un arrêt du

1. En ce sens : Duranton, *op. cit.*, t. I, n° 524. — Demante, *op. cit.*, *eod. verb.*, n° 139. — Toullier, *op. cit.*, t. I, n° 484. — Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 263.

2. En ce sens : Maleville, sur l'article 139.

3. *Op. cit.*, *eod. verb.*, n° 140.

4. *De l'état des personnes*, t. I, p. 300.

5. Dans le même sens : Demante, *op. cit.*, *eod. verb.*, n° 145 et Duranton *op. cit.*, t. I, n° 526.

16 mai 1837 (1) aux termes duquel les enfants dont la mère s'est remariée, alors que l'absence de leur père était simplement présumée et non pas déclarée, ont qualité pour demander, après le décès de leur mère, la nullité du second mariage. Mais, le 21 juin 1831, elle avait adopté l'opinion contraire (2) : elle avait décidé, avec raison, selon nous, que le second mari d'une femme qui s'est remariée, nonobstant une première union contractée avec un individu absent qui n'a pas donné de ses nouvelles depuis un grand nombre d'années, n'est pas recevable à demander lui-même la nullité du mariage, s'il ne prouve pas l'existence du premier mari. « ... L'article 139, disait M. le Conseiller Moreau, rapporteur dans cette affaire, ne faisant aucune distinction entre l'absent dont l'absence est simplement *présumée* et l'absent dont l'absence a été *déclarée*, on ne voit pas trop sur quoi on pourrait se fonder pour prétendre qu'il doit s'appliquer à l'époux dont l'absence a été déclarée. Par cela seul que le législateur s'est servi de l'expression générique d'absent et qu'il n'a parlé ni d'*absent présumé*, ni d'*absent déclaré*, ne faut-il pas en conclure qu'il faut donner au mot *absent*, dont il s'est servi, l'acception que ce mot reçoit dans le langage de la législation ? Or tous les auteurs sont d'accord, et M. Proudhon lui-même, pour dire que, dans ce lan-

1. Répertoire Dalloz. V° *absence* n° 536.

2. *Loc. cit.*

gage, la qualification d'*absent* s'applique à tout individu qui a quitté son domicile et dont l'existence est devenue incertaine, par la raison qu'on ignore absolument le lieu de sa résidence. Quelque imposante que soit l'autorité de ce jurisconsulte, n'y a-t-il pas lieu de s'étonner de voir qu'après avoir donné cette définition du mot *absent*, et après avoir reconnu que, si l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit pas autoriser l'autre à contracter une nouvelle union, la même incertitude ne doit pas suffire pour troubler un mariage qui aurait été ainsi contracté ? Il ajoute que cette décision n'est applicable qu'au cas où il y aurait eu *déclaration d'absence* avant le second mariage. »

L'argument de Proudhon, tiré de la nécessité d'un jugement de déclaration d'absence pour établir la bonne foi de l'époux, n'est pas plus solide que celui qui lui sert de base. Demante qui avait adopté celui-ci, rejette l'autre, et s'en explique en ces termes (1). « Il ne faut pas perdre de vue que, quand il y a une fois présomption d'absence, il y a déjà incertitude sur la vie ou la mort ; or, il suffit de cette incertitude pour que la nullité du second mariage soit elle-même incertaine, ce qui exclut nécessairement toute action

1. *Op. cit.*, *eod. verb.*, n° 146. Dans le même sens Demolombe, t. II, n° 265. — Aubry et Rau, t. I, § 159 texte et note 2, p. 956. — Laurent, t. II, n° 247. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1274. — Plasmen, t. I, p. 317 et Schœffer, *Revue pratique*, p. 229, 230.

que l'on fonderait sur les articles 147 et 184 ; il n'est pas même besoin, pour motiver cette exclusion, de l'article 139 : c'est tout simplement l'application de la règle qui oblige tout demandeur à prouver sa prétention. »

Si le mariage a été contracté de bonne foi et vient à être annulé, il produit tous les effets civils à l'égard des époux et des enfants qui ont pu naître (article 201 du Code civil). Il a été jugé avec raison que, pour attaquer le mariage en question, il faut représenter l'acte de célébration.

β) *Annulation du mariage en cas de mort de l'absent.* — Mais, si l'absence vient à cesser par suite de la mort de l'absent, le mariage doit-il être maintenu ? La question ne comporte pas une réponse unique. Ou bien le mariage a été célébré après le décès de l'absent : il n'existe alors aucune difficulté, le mariage est inattaquable puisqu'il est intervenu après la dissolution du premier. Ou bien l'époux présent a convolé en secondes noces avant la mort de l'absent ; si l'on appliquait les principes de droit avec toute leur rigueur, on devrait conclure à l'annulation du mariage. Cependant cette solution ne serait raisonnable ; l'absent est mort, la bonne foi des époux est constante, des conventions matrimoniales sont très probablement intervenues entre eux et des enfants ont pu naître. Le remède serait pire que le mal, la séparation des conjoints plus funeste que

leur cohabitation. Pourquoi dénoncer à l'opinion publique une union dont l'irrégularité jusqu'alors méconnue est désormais couverte ! Au nom de l'honneur et de la mémoire du mort dira-t-on : il est à peu près certain que, s'il avait pu encore manifester sa volonté, il n'aurait pas voulu pousser les choses à cette extrémité. Et puis, pour justifier l'opinion que nous défendons, nous trouvons un argument juridique très fort dans l'article 139 ; ni aucun intéressé, ni le ministère public ne peuvent intenter l'action en nullité dont l'exercice a été exclusivement réservé à l'absent de son vivant (1).

Mais cette solution ne devrait pas être maintenue dans le cas suivant sur lequel nous nous expliquerons plus loin. Une femme a son mari mobilisé, elle apprend sa mort par l'acte de décès daté du 2 septembre 1914, par exemple. Elle se remarie le 25 août 1915, c'est-à-dire plus de dix mois après ; elle et son nouveau conjoint sont de bonne foi. En réalité, son premier mari blessé a été fait prisonnier et est mort en captivité en Allemagne le 30 août 1915. Le deuxième mariage, intervenu cinq jours avant la mort du premier mari, par conséquent du vivant même de celui-ci, est annulable à la requête de tout intéressé pour cause de bigamie (art. 147 du Code civil).

γ) Annulation du mariage, en cas de retour de

1. Aubry et Rau, t. I, § 159, p. 957. — Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 219.

l'absent, lorsque celui-ci n'agit pas. — Enfin nous abordons l'hypothèse la plus difficile, celle qui consiste à se demander si le mariage de l'époux présent est susceptible d'être annulé sur la demande des intéressés ou les réquisitions du ministère public. La question est très controversée et a donné lieu à quatre systèmes différents.

L'absent, par son silence, va-t-il empêcher le droit commun, c'est-à-dire les articles 184, 187, 190 du Code civil, de reprendre son application normale? Toullier, interprétant à la lettre l'article 139, répond par l'affirmative (1). Merlin, sans examiner la question, considère l'article 139 comme une exception aux articles 184 et 190 (2).

Mais M. Demante combat avec vigueur cette opinion « L'article 139, dit-il (3), conduirait à cette conséquence que, dans le cas même où toute incertitude viendrait à cesser par le retour de l'absent, son silence suffirait pour que le second mariage (évidemment nul puisque le premier n'est pas dissous) subsistât de fait avec tous ses effets de droit. Ainsi, une volonté privée, qui n'a pas le pouvoir de rompre la première union, suffirait pour rendre la seconde inattaquable... A l'immoralité d'un pareil état de

1. T. I, n° 454 et 485. Voir aussi dans le même sens: Laurent, t. II, n° 250. — Huc, t. I, n°s 455-456. — Zachariæ, t. I, p. 312. — Vazeille, *Du mariage*, t. I, n° 225.

2. V° absent, sur l'article 139, et mariage, sur l'article 184.

3. *Op. cit.*, *eod. verb.*, n° 124.

choses se joindraient les conséquences les plus bizarres et plus funestes. Par exemple, on ne saurait plus comment appliquer la présomption de paternité aux enfants d'une femme qui se trouverait ainsi avoir deux maris. Cette présomption, au contraire, attribuerait au mari qui se trouverait avoir deux femmes, la paternité des enfants que chacune d'elles pourrait avoir. » Le langage de M. Demante est très raisonnable et nous y souscrivons sans réserve.

Tirant les conséquences de ses idées, il accorde aux nouveaux époux et au ministère public l'action en nullité et la refuse aux autres intéressés, c'est-à-dire aux collatéraux et aux enfants issus d'un autre mariage. Selon lui, la loi divise en trois classes les personnes qui peuvent agir en nullité d'un mariage : les nouveaux époux, tous ceux qui y ont intérêt, et le ministère public. L'époux au préjudice duquel le mariage a été contracté, compte parmi les personnes de la seconde classe. Or, lorsque l'article 139 déclare qu'il sera *seul* recevable dans le cas d'absence à intenter l'action en nullité, il veut dire que, seul parmi ceux de la classe à laquelle il appartient, seul parmi les intéressés, il aura ce droit. Si le législateur n'a songé ni aux nouveaux époux, ni au ministère public, parce que, selon l'opinion des orateurs du Gouvernement, il voulait écarter seulement l'action en nullité qui, pour des intérêts pécuniaires et sans motif d'ordre public, viendrait troubler une union

méritant la protection de la loi, à raison des circonstances dans lesquelles elle a été contractée.

Duranton (1), sans cependant examiner la question générale de savoir si l'action en nullité pourrait appartenir à tout intéressé d'après les termes de l'article 184, professe la même opinion et donne l'action en nullité au ministère public, au conjoint de bonne foi et au nouvel époux.

Cette seconde doctrine, plus morale que la précédente, ne nous donne cependant pas complète satisfaction. Il y a quelque arbitraire, semble-t-il, à diviser en plusieurs classes les personnes qui, par application du droit commun en matière de mariage, ont l'action en nullité, pour ensuite l'accorder aux uns et la refuser aux autres, dans le cas où l'article 139 risquerait de rester lettre morte par suite du silence de l'absent de retour.

Nous préférons une troisième opinion, suivant laquelle il faut délibérément revenir à l'application entière et normale des dispositions ordinaires de la loi, des articles 184 et 190, si on écarte la fin de non-recevoir qui résulte, dans le cas particulier, de l'interprétation littérale de l'article 139. Cet article est donc regardé comme un texte exceptionnel, qui ne doit s'appliquer strictement qu'à l'hypothèse pour laquelle il a été prévu le droit commun reprend tout son empire (2).

1. *Op. cit.*, t. I, n° 527.

2. V. en ce sens : Delvincourt, *Cours de droit civil*, t. I. p. 55,

Ce qui achève de nous convaincre, ce sont les discussions préparatoires qui eurent lieu au Conseil d'État et d'où sortit la rédaction de l'article 139 lui-même. Le projet comprenait des articles 26 et 27 ainsi conçus : « L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira point pour autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre époux ». — « Si néanmoins il arrivait qu'il eût été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent ; et tant que l'époux absent ne se représentera pas ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale, muni de la preuve positive de l'existence de cet époux (1) ». Béranger fit observer que ces deux articles semblaient se contredire : le premier décidant que l'absence de l'un des époux n'autorise, en aucun cas, l'autre époux à contracter un nouveau mariage ; et le second supposant qu'un tel mariage a pu être contracté.

Tronchet répondit que ces articles ne faisaient que mettre en loi les paroles de l'avocat général Gilbert

5^e éd. — Plasman, *op. cit.*, t. I, p. 319. — Moly, n° 513 et suivants. — Marcadé, article 139, n° 3. — Valette sur Proudhon, t. I, p. 302. Demolombe, t. II, n° 264. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, n° 1285. — Schœffer, article paru dans *la Revue pratique* de 1880, p. 220 et suiv.

1. Locré, *Législation de la France*, t. IV, p. 34.

des Voisins : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau ; mais elle ne doit jamais suffire pour troubler un mariage contracté. »

Thibaudeau répliqua : « Quoique la sagesse de ces maximes ne puisse pas être contestée, il y a cependant quelque inconvénient dans la façon dont elles sont rédigées ; l'exception présente une contradiction trop formelle avec la règle. Il ne faut pas que la loi, en prévoyant la possibilité de tels mariages, paraisse les autoriser ouvertement ; elle ne doit présenter qu'un remède pour un cas qui peut arriver. » Le consul Cambacérès proposa de supprimer l'article 26, de maintenir la disposition de l'article 27 et de rédiger ainsi la fin de l'article : « *Néanmoins si l'époux se présente, le mariage sera déclaré nul.* Thibaudeau, s'emparant de cette idée, dit qu'il rédigerait un article en ce sens, que l'époux absent pourra seul attaquer le mariage de son conjoint.

Après ces observations, la proposition de Cambacérès fut adoptée (1). Rien de plus n'a été dit sur l'article 139 et les discussions ultérieures ne fournissent aucun document nouveau.

La Cour de Cassation semble bien avoir adopté l'opinion que nous préconisons dans un arrêt de

1. Voir pour la discussion. Loqué, *op. cit.*, t. IV, p. 101-102.

1831 (1), par lequel elle rejette l'action en nullité du second mari d'une femme qui s'était remariée, en dépit d'une première union contractée avec un individu alors absent, pour cette raison que l'existence de ce dernier n'était pas prouvée.

Enfin un quatrième système a été soutenu par MM. Aubry et Rau (2). Il faudrait distinguer suivant que l'absent est de retour ou que l'on a seulement la preuve de son existence. Dans la première alternative, le droit commun reprendrait tout son empire et tous les intéressés, y compris le ministère public, pourraient demander la nullité par application des articles 184, 187 et 190 du Code civil. Dans la seconde alternative, le fondé de pouvoir de l'absent serait seul recevable à attaquer le mariage ; les autres intéressés et le ministère public ne le pourraient pas, même s'ils offraient de prouver l'existence actuelle de l'absent.

A vrai dire cette dernière opinion ne diffère de la précédente que par la seconde alternative qui, nous devons l'avouer, malgré toute l'autorité de MM. Aubry et Rau, renferme une manière de voir inexacte. Nous avons admis que le mariage de l'époux présent était inattaquable pendant l'absence, parce que ni les intéressés, ni le ministère public ne pouvaient

1. Répertoire Dalloz, *loc. cit.*, n° 532.

2. T. I, § 159, texte et notes 3 et 4, p. 957.

prouver l'existence actuelle de l'absent. Mais si l'une quelconque de ces personnes offre de fournir cette preuve, nous ne voyons aucune raison pour opposer une fin de non-recevoir à son action en nullité.

Notons, en terminant, que l'article 139 peut s'appliquer seulement au cas où la célébration du mariage de l'époux présent est régulièrement établie et, notamment, l'article 197 qui admet la possession d'état comme preuve du mariage ne saurait intervenir.

2° *Remariage de la femme du mobilisé et qui s'est crue veuve.* — Les cas d'absence qui étaient fréquents autrefois dans l'ancienne France, notamment à l'époque des Croisades, étaient devenus tout à fait rares à la faveur du développement et de la rapidité des transports et des moyens de correspondre.

Et subitement ils se sont multipliés par le fait de la guerre actuelle. Il arrive souvent qu'à la suite d'une action sur le champ de bataille, l'existence de combattants, en nombre variable, devient incertaine. Ont-ils été blessés ou tués ? Ont-ils été faits prisonniers ou se sont-ils égarés dans une région avoisinante pour rejoindre bientôt leur formation ? Au lieu de cet état d'incertitude, qui aurait dû se faire jour, on s'est fréquemment trouvé en présence d'une situation tout à fait déterminée et fautive en réalité. Par l'effet d'une erreur involontaire, l'acte de décès a été dressé et la prétendue veuve ayant entre

les mains une expédition en bonne et due forme a pu se remarier à l'expiration du délai de viduité sans que la loi actuelle soit fondée à lui en faire aucun reproche. On ne saurait pas davantage rendre l'Administration de la guerre responsable ; les fonctions d'officier de l'état civil sur la ligne de feu sont très délicates : l'importance des troupes engagées, le manque de temps, la rapidité de l'action, le déplacement des combattants, la rencontre avec l'ennemi, l'incertitude et l'inexactitude des souvenirs chez les témoins, tout cela empêche de dresser, sans risque de se tromper, la liste des tués.

La question préoccupait déjà Pothier, car il citait, comme juste cause de l'erreur où pouvait tomber l'époux bigame, le cas de la femme d'un soldat laissé pour mort sur le champ de bataille et qui s'était remariée, sur la foi d'un certificat de mort, en bonne forme, du major du régiment.

Avant le conflit qui dure encore, le Code civil, dans les articles 93 à 98 (1) avait pris des mesures concernant les actes de l'état civil des militaires ; depuis, des instructions du Ministre de la Guerre sont venues préciser et multiplier ces mesures pour donner aux actes en question et spécialement aux actes de décès le plus de garanties possibles. A la fin de chaque combat, l'officier de l'état civil aux

1. Loi du 8 juin 1893.

armées inscrit les noms des manquants, dont l'acte de décès n'est rédigé qu'après l'attestation de deux témoins âgés de vingt et un ans au moins. Lorsque le champ de bataille est resté entre nos mains, une formation sanitaire procède à l'ensevelissement des morts. L'officier d'administration, commandant la formation, dresse pour chaque mort un procès-verbal de décès après la déposition de deux témoins qui sont en général deux brancardiers. Le procès-verbal fait mention de toutes les marques particulières trouvées sur le cadavre (vêtements, numéro, plaque d'identité, etc.) Si le militaire meurt dans la tranchée ou sur le bord de la tranchée, l'officier de l'état civil se transporte sur les lieux pour dresser l'acte de décès.

Lorsque les témoins n'ont pas l'âge requis, il y a seulement lieu à un *procès-verbal de déclaration de décès*. Cet acte est transcrit sur les registres de l'état civil seulement sur l'ordre du Ministre de la Guerre et sur son affirmation que le « procès-verbal a valeur d'un acte de décès », mais il ne fera pas preuve complète devant les tribunaux qui pourront ordonner un supplément de preuve. En l'absence de tout témoin, on dresse un *procès-verbal de disparition*, qui reste en minute et ne figure pas sur le registre (1).

1. Ces renseignements ont été extraits du cours professé par M. Massigli, pendant l'année 1914-1915 (partie relative aux questions de la guerre).

Toutes ces précautions n'ont donc pas suffi pour dresser, sans risque d'erreur, les actes de décès des militaires tués à l'ennemi ; et il a été loisible à un certain nombre de femmes de mobilisés encore vivants, autorisées à se croire veuves, de convoler en secondes noces, à l'expiration du délai de viduité. Ces remariages n'ont tout d'abord suscité dans l'opinion publique que des rires et des plaisanteries. Mais bientôt la situation est apparue sous son véritable jour, lourde de conséquences immédiates ou lointaines, morales ou matérielles et que nous étudierons plus loin. Voici un exemple assez curieux, donné par une dame de la Croix-rouge, témoin oculaire. Au début des hostilités un blessé français était soigné dans un de nos hôpitaux de la région de Lille ; son nom, Durand, était indiqué sur une pancarte à la tête de son lit ; les combats ayant tourné à l'avantage de l'ennemi, celui-ci s'empare de l'hôpital et met à la place du Français un Allemand qui y meurt ; sur ces entrefaites, nous regagnons le terrain perdu et rentrons en possession de l'hôpital ; le service médical, voyant la même pancarte au-dessus du lit, croit qu'il s'agit toujours du nommé Durand et dresse à son nom un acte de décès, transmis à la prétendue veuve. Nouveau mariage de celle-ci alors que le blessé français avait été emmené en captivité en Allemagne et était encore vivant.

L'erreur qui conduit à la rédaction de l'acte de

décès peut encore être le fait des bureaux de l'Administration de la guerre, qui, surchargés par une trop grosse besogne, sont exposés à commettre des confusions de noms portant soit sur le combattant, soit sur la famille à aviser (1).

Et la liste n'est pas close de ces remariages considérés, en présence du grand nombre d'individus dont l'existence est devenue incertaine au cours des hostilités ! Malheureusement, pour mettre fin à des situations aussi singulières que regrettables, le remède est plus facile à désirer qu'à trouver et surtout à appliquer. On a proposé d'étendre la durée du délai de viduité ou même d'imposer aux veuves de mobilisés l'obligation d'attendre la fin des hostilités ou la rentrée des prisonniers en France. Le premier système ne vaudrait pas par la façon de le mettre en pratique, car l'extension proposée peut varier dans des proportions considérables. Quant au second, il a nos préférences ; certains ont trouvé le moyen trop radical, mais il aurait l'avantage d'atteindre certainement le but visé. Des juristes, et non des moindres, ont pensé qu'il ne serait pas nécessaire de recourir à la rigueur d'une loi, que la contrainte morale pourrait suffire. Nous savons par l'histoire que la loi elle-même a été impuissante à réformer

1. Voir dans *La Loi* du 15 décembre 1916 : trois jugements du tribunal civil de la Seine annulant des actes de décès de militaires.

les mœurs et nous pensons que la simple contrainte morale ne serait pas plus efficace pour faire renoncer momentanément à leurs projets celles que M. Le Goffic, dans un article paru dans *la Liberté* du 24 août dernier, a appelées « les veuves pressées ». Et cependant la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1810 (1), n'avait pas aperçu la nécessité pratique de la solution que nous venons d'admettre. « La mauvaise foi, disait-elle, ne résulte pas de la précipitation, avec laquelle, l'épouse d'un militaire a convolé à de secondes noces, lorsqu'on a précisé le « certum nuntium » de la mort de ce militaire exigé par le « decretale in præventia de sponsalibus » dans des circonstances capables de donner toute confiance à un bruit public et généralement répandu. » Il est très probable que, si la juridiction suprême doit à nouveau se prononcer sur la question dans un avenir plus ou moins prochain, elle ne se départisse de sa bienveillance primitive.

1. Sirey chronologique, 1810-1-324.

CHAPITRE II

ANNULATION DU SECOND MARIAGE

L'annulation du second mariage figure parmi les questions de droit civil que soulève la poursuite criminelle pour bigamie (1). Elle s'obtient en justice par l'action en nullité du second mariage dont nous avons parlé au début du chapitre consacré aux poursuites contre la bigamie. Quelles sont les personnes qui peuvent l'intenter ? C'est, dit l'article 184 du Code civil « les époux eux-mêmes, tous ceux qui y ont intérêt et le ministère public. »

1^o LES ÉPOUX. — Si l'on se rapporte aux discussions préparatoires sur l'article 184, on voit que la section de Législation avait élaboré un projet accordant le droit d'intenter l'action en nullité à celui des

1. Nous avons rencontré chemin faisant deux questions du même genre : l'allocation des dommages-intérêts et le jugement de l'exception préjudicielle que nous avons cru devoir traiter dans la précédente partie en raison de leur rapport étroit avec la culpabilité de l'agent.

deux époux qui était libre, à ses père et mère, à ses aïeuls et aïeules, au ministère public. Le Conseil d'État trouva cette conception trop étroite. « L'action doit appartenir, disait Bigot du Préameneu dans la séance du 4 vendémiaire an X (1), aussi bien à l'épouse qui est liée par le premier mariage et aux enfants qui en sont issus qu'au bigame lui-même, car il faut qu'il puisse réparer le délit qu'il a commis. » C'est à la suite de cette observation que l'article 184 fut rédigé.

Si l'époux qui intente l'action est mineur, il doit se faire assister de son curateur : le mariage qui l'a émancipé ne le dispense pas de cette obligation, parce qu'il continue à produire ses effets tant qu'il n'a pas été annulé (2).

Pour la même raison, la femme majeure et demanderesse doit avoir l'autorisation de son mari ou de justice. En pratique, le mari, le prétendu bigame, refusera ; la femme le mettra en demeure et obtiendra l'autorisation du tribunal ; en l'absence de toute autorisation, elle verrait sa demande déclarée non recevable.

La jurisprudence est constante sur ce point. Cependant la Cour de Cassation, dans un arrêt du 31 août 1854, avait décidé le contraire : « La femme qui plaide en nullité de mariage, disait-elle, n'est pas

1. Loqué. *Législation de la France*, t. II, n° 43, p. 132.

2. Demolombe, *op. cit.*, t. II, n° 266.

tenue de demander l'autorisation de son prétendu mari ou de justice, ni d'indiquer pour son domicile, dans l'exploit introductif d'instance, le domicile conjugal. Ce serait précisément reconnaître ce qui fait l'objet du procès : l'existence et la validité du mariage. »

La femme défenderesse n'a nullement besoin d'être autorisée, parce que la demande du mari emporte autorisation tacite de répondre.

Le droit du premier conjoint du bigame est expressément reconnu par l'article 188 du Code civil. Ce premier conjoint est généralement la femme du mari, l'autorisation est ici d'autant plus justifiée qu'elle invoque son état d'épouse légitime et, par conséquent, son incapacité à ester en justice.

Faisons observer ici que l'époux abandonné, réclamant seulement la reconnaissance de l'état de choses antérieur, méconnu par le coupable, c'est-à-dire à proprement parler une restitution, n'a que l'action en nullité.

2° LES INTÉRESSÉS. — A) *Les ascendants*. — Nous devons maintenant déterminer les personnes que la loi englobe sous l'expression vague et générale de : *tous ceux qui y ont intérêt*. Elle comprend tout d'abord les ascendants, et, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 15 novembre 1848 (1) a décidé qu'il fallait

1. S., 1848. I. 673.

l'entendre de la totalité des ascendants. Tous ont un droit égal, le silence des uns n'impose pas l'inaction aux autres. Par un raisonnement *a contrario* tiré de l'article 187 du Code civil, d'après lequel les parents collatéraux et les enfants, issus d'un autre mariage, peuvent intenter l'action du vivant des époux seulement lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel, on doit conclure que les ascendants peuvent agir lorsqu'ils ont un intérêt d'affection ou de famille, un intérêt pécuniaire futur.

Dans le cas où l'ascendant mâle néglige d'agir, sa femme peut-elle, sans porter atteinte à l'autorité maritale, exercer le droit qui lui est donné par l'article 184. La question est controversée. Les uns, avec Marcadé (1), la tranchent par la négative, en soutenant que l'autorité de la femme se confond avec l'autorité maritale, que le pouvoir de la femme ne vient qu'en second ordre et que, si le mari n'agit pas (2), la femme est liée. Les autres, avec Demolombe, optent pour l'affirmative. Il y a, en effet, un intérêt d'ordre public à mettre fin à la coexistence de deux unions en poursuivant l'annulation du second mariage ; cet intérêt dépasse de beaucoup le cadre de la famille qui marque la limite d'exercice de l'autorité maritale. En quoi l'union des grands-

1. *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, art. 186.

2. *Op. cit.*, t. III, n° 303.

parents serait-elle troublée, parce que la grand'mère, de sa propre initiative, à défaut de son mari, intenterait l'action en nullité ? Doit-on ajouter que l'opinion combattue est très difficilement conciliable avec la décision précitée de la Cour de Cassation ? Peut-on encore parler de la totalité des ascendants, si l'on donne à l'ascendant mâle seul le droit de provoquer l'annulation dont il s'agit ou si, ce qui revient au même, on exige que sa femme obtienne son autorisation pour tendre au même but ?

b) *Le conseil de famille.* — Il faut ensuite mentionner le conseil de famille parmi ceux qui ont un intérêt d'affection à faire annuler le second mariage. Par un raisonnement *a contrario* tiré de l'article 186 du Code civil, il a le droit d'attaquer le mariage entaché d'impuberté, lorsque l'époux est encore mineur, qu'il n'a plus d'ascendant et que son père, encore vivant au moment de son mariage, n'a pas donné son consentement. *A fortiori* le conseil de famille est-il recevable dans les mêmes conditions à faire annuler l'union bigamique contractée par l'époux encore mineur (1).

c) *Les collatéraux.* — L'article 187 les désigne nommément et l'article 186 les comprend dans la formule générale de *tous ceux qui y ont intérêt.*

1. Planiol, t. I, n° 1039.

L'article 186 leur donne en outre le droit d'agir en nullité contre le mariage, atteint du vice d'impuberté, comme ils font partie, eux aussi, de la « famille ». Mais, aux termes de l'article 187, un intérêt d'affection ne suffit pas *du vivant des époux*, il leur faut un intérêt né et actuel, c'est-à-dire un *intérêt pécuniaire*. La plupart du temps leur intervention se produira au moment de l'ouverture de la succession de l'un des conjoints. Ils provoqueront la nullité du mariage bigamique pour exclure les enfants nés de cette union et obtenir une part héréditaire plus forte. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 9 janvier 1821 (1), a explicitement reconnu ce droit des collatéraux en décidant qu'ils sont recevables à attaquer les mariages de leurs parents dans le cas où ils y sont formellement autorisés par la loi ; que ce principe est établi par la combinaison de l'article 184 avec les articles 25, 144. 147, 161, 162, 163, 191 et 348.

Par ailleurs, la Cour de Paris, dans un arrêt du 11 janvier 1868, avait jugé que la possession d'état, c'est-à-dire la croyance du public à une union régulière, ne peut garantir ce mariage, contracté avant la dissolution d'un premier, de l'action en nullité intentée par les collatéraux qui ont un intérêt né et actuel.

1. S., 21. 1. 157 ; et aussi Cass. 1^{er} août 1818 ; Rép. Dalloz. V^o bigamie, n^o 56.

d) *Les enfants issus d'un autre mariage.* — On doit considérer encore les enfants nés d'un autre mariage comme figurant parmi ceux *qui y ont intérêt*. Ils sont dans la même situation que les collatéraux aux termes de l'article 187 : pour agir du vivant des époux c'est-à-dire de leurs parents et beaux-parents, un intérêt pécuniaire leur est nécessaire.

Mais peuvent-ils vraiment intenter l'action en nullité du vivant même de leurs auteurs ? La question paraît très délicate au premier abord. Si on admet l'affirmative ne va-t-on pas méconnaître la règle, posée par l'article 371 du Code civil que « l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses parents ! » Proudhon se prononce en termes très énergiques pour la négative : « L'action est interdite aux enfants, dit-il, parce qu'étant obligés d'honorer et de respecter leurs parents, ils ne peuvent être recevables à les flétrir par l'exercice d'une action infamante ». « Ne serait-ce pas un déplorable spectacle, écrit par ailleurs Demolombe, que celui d'un enfant demandant la nullité du mariage de son père, du vivant de celui-ci et contre lui-même ? » — L'argument moral, ainsi mis en valeur, fait grande impression. Cependant nous ne croyons pas que pour rechercher la solution du problème posé, il doive seul compter. Ceux dont nous combattons l'opinion assignent, selon nous, à l'article 371 du Code civil une importance exagérée : ce texte formule un simple précepte

de morale, impuissant à engendrer des conséquences juridiques, ce n'est pas une règle de conduite (1). Et puis, qui n'a entendu parler de ces situations pénibles, souvent même tragiques, nées au sein de familles à la suite des remariages permis par la loi ! Alors que dire d'une situation de ce genre lorsqu'elle à sa source dans un crime ? Qu'on se mette à la place d'un enfant qui apprend l'union irrégulière de son père ou de sa mère et qui en comprend toutes les conséquences aussi bien matérielles que morales. Il est certain que le respect qu'il doit avoir pour celui de ses auteurs qui s'est ainsi remarié lui commandera le silence. Mais, semble-t-il, un intérêt plus fort l'obligera de sortir de son mutisme : l'intérêt pécuniaire, l'intérêt de famille. Les enfants issus du mariage bigamique, qu'il voit venir en concours dans la succession, il ne veut pas les connaître : ce sont pour lui des intrus et des étrangers ; il a hâte, en proposant la nullité du mariage, de les faire déclarer adultérins ou naturels reconnus, et de les empêcher d'avoir une part d'enfant légitime.

Il y a lieu de signaler les conséquences du caractère patrimonial ou moral de l'intérêt qui fait agir en nullité les personnes déjà désignées. Les droits

1. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, n° 1644. — Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, p. 429.

pécuniaires, qui seuls peuvent permettre aux collatéraux et aux enfants issus d'un autre mariage d'intenter l'action du vivant des époux, font partie du patrimoine. Il en résulte qu'ils sont susceptibles d'être éteints par transaction, renonciation ou prescription. Cette extinction, si elle s'est produite, fournira matière à une fin de non-recevoir pour les défendeurs de l'action en nullité.

A l'inverse, la situation faite par la loi aux personnes désignées à l'article 187 peut être favorable à celles-ci dans l'hypothèse de l'erreur ou du vice du consentement : un collatéral du second mariage prédécédé — par exemple, a partagé la communauté avec la femme prétendue veuve ; plus tard, il est reconnu que cette femme est bigame ; le collatéral aura droit à la répétition de l'indû, en prouvant que son consentement a été vicié, puisqu'il croyait à la validité du mariage, nul en réalité par suite de l'existence d'une première union non dissoute. Le même caractère patrimonial affecte le droit de se prévaloir de la nullité du mariage, lorsque ce dernier vient à se dissoudre. A partir de ce moment, le titulaire du droit est libre de ne pas l'exercer ou même d'en faire l'objet d'une renonciation. On peut en dire autant de la prescription. Elle commence à courir à dater du jour du décès de l'un des époux ; à cette époque, l'intérêt est né et actuel, ou, s'il existait auparavant, on ne pouvait valablement y

renoncer ou le laisser disparaître par prescription. Pour prendre un exemple, pendant trente ans, l'héritier ne s'est pas prévalu de ses droits dans la succession du défunt (art. 789 du Code civil) ; d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation sur cet article, l'héritier devient étranger à la succession, sa pétition d'hérédité se trouve éteinte, et il ne pourra plus faire tomber le mariage en arguant la nullité.

L'intérêt qui fait agir le bigame, ses conjoints successifs et le conseil de famille est tantôt simplement pécuniaire, tantôt moral. S'il est moral, l'extinction par voie de renonciation, de prescription ou de transaction, ne peut être envisagée, et l'action en nullité sera toujours recevable. La situation peut varier du tout au tout suivant l'intérêt invoqué : un ascendant, par exemple, renonce à sa part ; cette extinction de son droit l'empêchera de faire écarter les enfants du second mariage de la succession de leur père ; prétend-t-il, au contraire, interdire à ces mêmes enfants de porter le nom de leur auteur, sa demande ne pourra être rejetée, parce qu'elle est basée sur un intérêt de famille indestructible.

e) *Les créanciers.* — Parmi ceux qui peuvent faire tomber l'union bigamique lorsqu'ils ont un intérêt pécuniaire, il faut enfin citer les créanciers. Les tribunaux hésitèrent pour leur reconnaître ce droit. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 août 1826, le leur accordait ; puis, en 1839, elle ratifiait l'opinion

de la Cour de Douai qui estimait que les créanciers, à cause du trouble qu'ils peuvent porter dans les familles, étaient inhabiles à agir en nullité de mariage. La juridiction suprême fondait sa décision sur cet argument juridique, que les causes de nullité de mariage énumérées par les articles 184 et 187 du Code civil sont limitatives, que les nullités, quelque radicales et absolues qu'on les suppose, ne peuvent être proposées, tant par voie d'action que par voie d'exception, que par les personnes auxquelles la loi en a expressément conféré le droit et dans les cas qu'elle a déterminés (1). Mais la Cour de Metz, revenant à la jurisprudence de 1826, avait décidé, par un arrêt du 7 février 1854 (2), que le mariage contracté au mépris de l'empêchement résultant du lien d'alliance entre les époux, cas prévu dans l'article 184, aussi bien que celui du mariage célébré malgré la non-dissolution d'un premier, peut être attaqué par les créanciers du mari : ils ont intérêt à faire écarter l'hypothèque légale qu'une union valable assurerait à la femme de leur débiteur sur les biens de celui-ci. La Cour de Cassation elle-même, par un arrêt du 30 juillet 1900, est revenue à cette solution qu'elle avait d'abord adoptée en 1826. M. Wahl critique cette décision qu'il commente dans *le Dalloz* (1902-

1. 12 novembre, 1839. S. 1839.1.826.

2. S. 1854.2.659.

1-225). MM. Vallette, Marcadé et Demolombe (1) ont accueilli favorablement cette solution.

Il est facile d'imaginer des hypothèses dans lesquelles apparaît cet intérêt des créanciers à faire annuler le mariage : deux époux ont contracté conjointement et solidairement la même obligation ; si un second mariage intervient avant la dissolution d'un premier, les créanciers viennent en concours sur tous les biens, les autres créanciers des premiers conjoints, pour sauver leurs créances, proposeront la nullité du second mariage.

Un débiteur a consenti une hypothèque sur un de ses immeubles ; il y a saisie et vente ; et la femme veut se porter à l'ordre pour le montant de son hypothèque ; l'acheteur, pour faire tomber cette hypothèque, invoquera la nullité du mariage et se fera mettre en possession du bien vendu.

Une femme vend son immeuble ou l'hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui : au moment où le co-contractant se dispose à mettre le contrat en exécution, elle s'y refuse, invoquant sa qualité de femme mariée non autorisée ; l'acheteur ou le prêteur hypothécaire a intérêt à demander la nullité du second mariage pour obtenir ensuite la mise en adjudication du bien engagé.

1. Valette sur Proudhon, t. I, p. 428. — Marcadé, art. 184, n° 2. — Demolombe, t. III, n° 305, et Planiol, t. I, n° 1042. — Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 176.

3° LE MINISTÈRE PUBLIC.—*Difficulté d'interprétation soulevée par la rédaction de l'article 190 du Code civil.* — Le droit du ministère public d'agir en nullité de l'union bigamique est mentionné en dernier lieu par l'article 184 et fait l'objet de l'article 190. Il ne peut être exercé que lorsqu'il y a scandale et du vivant des époux : il s'ensuit que l'action du ministère public est éteinte lorsque meurt l'un des époux ou le premier conjoint du bigame.

La rédaction, vicieuse au fond, de l'article 190 a soulevé une grosse difficulté. Il dit : le ministère public *peut et doit*. Y a-t-il obligation ou simple faculté ? Les deux opinions ont été soutenues. Les partisans de l'obligation raisonnent ainsi : le ministère public *peut* intenter l'action du vivant des deux époux, comme le pourraient le conjoint et les ascendants ; mais *doit* agir pendant la durée du mariage (1).

D'après les partisans de la faculté, le ministère public est libre d'agir ou de ne pas agir, suivant son appréciation, et le mot *doit* employé par la loi a simplement pour but d'indiquer que le ministère public ne peut agir que du vivant des deux époux. (2)

1. Voir en ce sens : Répertoire Dalloz, verbo *mariage*, n° 518 et supplément, n° 273 : Cass. civ., 8 nov. 1834. — Toullier, *le Droit civil français*, t. I, n° 628. — Vazeille, *Du mariage*, t. I, n° 249. — Ortolan et Lebeau, *Du Ministère public en France*, t. I, p. 168.

2. Répertoire Dalloz verbo *mariage*, n° 518 et supplément

A la vérité, l'interprétation littérale de l'article 190 du Code civil est très difficile et ne paraît pas plus satisfaisante dans une opinion que dans l'autre. Si nous préférons cette dernière à la précédente, c'est en raison des arguments invoqués. Il est juste de soutenir qu'en la circonstance les poursuites du Procureur de la République sont susceptibles d'être plus funestes que son abstention : le vice de bigamie est ignoré de tous, le mariage nul au fond a toutes les apparences de la régularité, et on doit redouter d'apporter le trouble dans les familles même au nom de la loi. C'est Demolombe qui réclamait pour le ministère public une certaine faculté d'appréciation et Pothier écrivait : « Les officiers qui sont chargés du ministère public, tels les procureurs du roi dans les sièges royaux et les procureurs fiscaux dans les justices des seigneurs ne doivent pas faire de recherches de quelque nullité ignorée du public qui pourrait se rencontrer dans un mariage, pour attaquer ce mariage dont personne ne se plaint. »

Aux termes d'un arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, en date du 30 mai 1846 (1), lorsque le ministère public croit devoir exercer le

n° 273. — Pothier annoté par Bugnet, t. IV, n° 451, p. 205. — Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n° 311, p. 485. — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 4^e éd., t. V, § 461, note 23, p. 61. — Laurent, *Principes de Droit civil*, t. II, n° 148.

1. S. 1846. I. 717.

droit qui lui est donné par l'article 190 contre un mariage entaché de bigamie, il doit mettre en cause le second conjoint et les enfants issus du mariage, s'il y en a, « pour la conservation des intérêts que peut produire leur union annulée et pour le respect des principes sur l'indivisibilité de l'action du ministère public. »

Ce même ministère public serait-il recevable à faire appel d'un jugement prononçant la nullité d'un mariage bigamique, à la suite d'une première instance poursuivie sur l'initiative de l'une des personnes désignées ci-dessus et où il n'a été que partie jointe ? Existe-t-il un texte qui lui donne ce droit ? On a invoqué l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice : « En matière civile, dit cet article, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, *il poursuit d'office cette exécution* dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. » Le texte est bien vague et peu décisif pour la solution du problème posé : spécialement les mots en italique ne sauraient donner au ministère public le droit d'agir en dehors des cas déterminés par la loi ; leur généralité indique simplement le rôle qui leur est dévolu. Décider autrement, ce serait détruire la première partie de l'article 46 et les dispositions du titre « Du mariage » au Code civil,

concernant le droit d'intervention du ministère public en cas de nullité.

Mais, répond-on, il n'y aurait aucun moyen de déjouer des collusions frauduleuses en vue de faire prononcer un divorce par consentement mutuel. Ces craintes nous paraissent exagérées : si la collusion est évidente, les juges sauront faire usage de leur pouvoir pour agir en conséquence. C'est l'opinion d'Aubry et Rau sur Zachariæ (1), d'Ortolan et de Lebeau (2).

Devons-nous ajouter que la même manière de penser a trouvé son écho dans la jurisprudence ? La Cour de Cassation, dans un arrêt du 1^{er} août 1820 (3), a jugé : que le Code Napoléon, en attribuant au ministère public le droit d'agir d'office en nullité de mariage dans les cas prévus par les articles 184, 190 et 191 le lui a refusé dans les autres... ; qu'on doit entendre l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 en ce sens que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, lorsque ce droit de poursuite lui est spécialement attribué par la loi ; que dire qu'en cette matière il n'y a pas d'attribution spéciale, c'est supposer que le législateur a voulu détruire, dans la seconde partie de l'article 46, le principe qu'il a posé

1. T. III, p. 240.

2. T. III, p. 164-166.

3. Répertoire Dalloz V° *Bigamie*, n° 251.

dans la première, tandis que son intention n'a été que de le développer. »

Dans un arrêt du 5 mars 1821 (1) la Cour de cassation a confirmé la solution précédemment adoptée : « Quoique le ministère public puisse dans certains cas demander la nullité d'un mariage, il est sans action pour faire confirmer ce même mariage, lorsqu'il a été annulé sur la demande des parties, parce qu'en matière civile il n'a le droit d'agir d'office qu'autant qu'il y est autorisé par une loi précise, et qu'en matière d'attribution exceptionnelle et spéciale, on ne doit pas conclure d'un cas à un autre.

1. *Ibid.*

CHAPITRE III

EFFETS CIVILS DE LA BIGAMIE

INTRODUCTION

APERÇU SUR LA THÉORIE DU MARIAGE PUTATIF

Pour étudier les effets en question, il faut entendre la bigamie dans son acception la plus large, envisager d'une façon générale tout remariage intervenu avant la dissolution d'une précédente union, qu'il y ait ou non intention coupable. Néanmoins la bonne ou la mauvaise foi des époux exerce une influence prépondérante sur le parti à prendre tant à leur égard qu'à celui des enfants, s'il y en a.

Nous considérons comme épuisée la fameuse controverse sur la nature du mariage, contrat ou sacrement, et nous tenons le mariage pour un contrat. Le problème consiste à rechercher l'intention des parties, c'est-à-dire des époux, au moment de l'échange des consentements, à la mairie, devant l'officier de l'état civil, les ascendants et les témoins, et à en déduire des conséquences logiques.

La bonne foi des parties contractantes a le pouvoir de laisser subsister leur déclaration de volonté « sinon comme acte juridique, disait M. Saleilles (1), mais comme fait juridique, comme fait voulu en vue d'une valeur juridique et destiné à produire des effets de droit. Il n'est donc pas contradictoire avec la théorie des nullités de lui rattacher certains résultats juridiques qui n'aient pas pour conséquence de compromettre le but poursuivi par la loi en annulant l'acte principal, du moment que ces résultats puissent concorder avec la volonté exprimée par les parties et se présenter comme une conséquence normale de leurs déclarations... Ce qui était l'objectif direct de la déclaration, en tant que valeur juridique, est supprimé par la loi. Mais il reste un fait juridique, un acte de volonté destiné à produire des effets de droit.

Si le juge peut en tirer des effets qui soient compatibles tant avec la nullité de l'acte qu'avec la volonté des parties, il aura ainsi donné satisfaction au but que celles-ci poursuivaient dans la mesure conciliable avec le but supérieur visé par la loi, et cette conciliation est comme l'essence de la justice sociale. »

Toute la théorie du mariage putatif (2), qui béné-

1. *Déclaration de volonté*, sur l'article 140 du Code civil allemand, n° 19, p. 321.

2. Du latin *putativis*, réputé pour être ce qui n'est pas.

ficie du traitement de faveur à déterminer dans quelques instants, repose sur ce motif d'équité. La conciliation dont parle M. Saleilles, est faite ici par le juge supérieur, par la loi, et cela dans l'esprit le plus large. Pour qu'il y ait putativité, il suffit qu'un seul des époux ait été de bonne foi ; une juste cause d'erreur, rendant le mariage excusable, n'est plus nécessaire, comme l'exigeait autrefois le droit canonique (1).

En cas de bigamie, l'erreur commise consiste dans l'ignorance d'une circonstance *de fait* : sincèrement l'épouse s'est crue ou a cru son conjoint veuf ou divorcé.

Si nous indiquons le caractère de l'erreur qui nous occupe, c'est que certains auteurs lui attribuent une influence pour résoudre la question de savoir à qui incombe la preuve : est-ce à l'époux ou à l'enfant qui réclame le bénéfice de putativité et qui devrait démontrer la bonne foi ? Trois systèmes sont en présence. — Pour MM. Aubry et Rau, il faudrait distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit ; la bonne foi serait présumée dans le premier cas et non dans le second, parce que nul n'est censé ignorer la loi (2). D'autres auteurs appliquent l'article 2268 du Code civil aux termes duquel « la bonne foi est tou-

1. Planiol, t. I, n° 1093.

2. T. V, § 460, p. 59.

jours présumée. » Ce serait donc à l'adversaire de l'époux ou de l'enfant à montrer la mauvaise foi (1). Une dernière opinion qui avec raison a les suffrages de M. Planiol (2) comme étant conforme à la tradition, fait valoir la solution inverse : c'est-à-dire que celui qui invoque la bonne foi doit prouver.

La théorie du mariage putatif a trouvé son expression dans les articles 201 et 202 du Code civil dont nous citons le texte à raison de leur importance.

« Article 201. — Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants lorsqu'il a été déclaré de bonne foi.

« Article 202. — Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage. »

Nous rappelons que, suivant un arrêt de la Cour de Cassation du 30 mai 1846 (3), dans tous les cas le ministère public, auquel il appartient de demander la nullité d'un mariage entaché de bigamie, ne peut exercer son action sans appeler le second conjoint et les enfants issus du mariage s'il y en a, en vertu des principes sur l'indivisibilité de l'action du minis-

1. Dalloz Supplément V^o *mariage*, n^o 328. — Aix, 11 mars 1858. D. 71. 5. 260.

2. T. I, n^o 1099. Voir aussi Colin et Capitant, t. I, p. 186.

3. S. 1846. I. 717.

tère public et pour la conservation des intérêts de la femme et des enfants que peut produire à leur égard le mariage annulé.

Certainement la Cour suprême, en inscrivant cette formule dans sa décision, a visé le cas où le mariage annulé serait déclaré putatif.

Nous répartirons la matière du présent chapitre en trois sections :

Première section : « Effets à l'égard des époux. »

Section II : « Effets à l'égard des enfants. »

Section III : « Effets quant aux biens. »

PREMIÈRE SECTION

EFFETS A L'ÉGARD DES ÉPOUX

§ 1^{er}. — *Etendue variable des effets de l'annulation suivant la bonne ou la mauvaise foi des époux*

Lorsqu'un mariage est entaché de bigamie et que l'on se place au point de vue de la bonne foi des époux, trois cas sont à envisager : a) mauvaise foi des époux ; b) bonne foi de l'un d'eux ; c) bonne foi des deux.

a) *Mauvaise foi des époux.* — En cas de mauvaise foi des époux, ce qui est assez rare, il y a application intégrale de la maxime du droit romain : *quod nul-*

lum est nullum effectum, ce qui est nul ne produit aucun effet. L'annulation du mariage porte à la fois sur le passé et l'avenir. Des conséquences très importantes en découlent. Les conventions matrimoniales sont nulles, puisque leur exécution est subordonnée à la célébration d'un mariage valable ; s'il n'y a pas eu de contrat de mariage, on appliquera les règles du droit commun comme s'il s'agissait d'une union libre. Les actes que la femme a passés sans l'autorisation maritale, sont valables, puisqu'elle est réputée n'avoir jamais perdu sa capacité. Toutes donations tombent : celles que les conjoints se sont faites entre eux et celles qu'ils ont reçues de parents ou d'étrangers à l'occasion de leur mariage. Les conventions contraires à leur régime matrimonial et qu'ils ont passées entre eux sont valables. La règle portant interdiction de modifier le régime matrimonial pendant le mariage ne s'applique pas. Les droits de succession entre époux établis par l'article 767 du Code civil disparaissent. Les enfants ne sont pas légitimes, ils sont adultérins ou naturels reconnus, comme nous l'expliquerons tout à l'heure (1).

b) *Bonne foi de l'un des époux et mauvaise foi de l'autre.* — Le cas de la bonne foi de l'un des époux et de la mauvaise foi de l'autre est le plus fréquent ;

1. Planiol, t. I, n° 192.

c'est à lui que se rattache l'exemple classique du mari bigame ; il absorbe, on peut l'affirmer, 90 o/o des applications des articles 201 et 202 du Code civil.

Les époux se trouvent dans une situation inégale (art. 202) : seul, celui qui est de bonne foi jouit du bénéfice de putativité, il est dans la situation d'un conjoint dont le mariage serait dissous. Pour l'autre époux, l'annulation se produit avec rétroactivité. S'il est le mari ses droits de puissance paternelle disparaissent, bien que les enfants soient légitimes grâce à la bonne foi de leur mère. Il ne leur succède pas, mais la réciproque n'est pas vraie. En principe les donations qu'il a reçues tombent et le contrat de mariage ne reçoit pas son exécution, mais le conjoint de bonne foi peut la réclamer.

c) *Bonne foi des deux époux.* — Enfin la bonne foi des deux époux. Elle est encore assez fréquente en cas de mariage du conjoint de l'absent. C'était déjà la solution de notre ancienne jurisprudence au témoignage de Muyart de Vouglans (1) : « On y trouve des arrêts dit-il, qui, dans le cas où il y avait preuve de bonne foi de la femme qui se serait remariée du vivant de son mari qu'elle avait lieu de croire mort, à cause de sa longue absence, bien loin de prononcer contre elle une peine, lui ont adjugé ainsi qu'à ses enfants, tous les effets civils du mariage. » Il faut

1. *Lois criminelles*, p. 225.

rappeler également le cas tout actuel de la femme du mobilisé qui s'est remariée en présence de l'acte de décès de son mari, dressé par erreur. Ici les deux conjoints se trouvent dans la même situation que l'époux de bonne foi dans le cas précédent ; le mariage produit tous ses effets ; seulement le lien conjugal est prématurément rompu à dater du jugement d'annulation.

§ 2. — *L'action en divorce pour adultère ou sévices peut-elle se cumuler avec l'action en nullité du deuxième mariage ?*

L'action en divorce et l'action en nullité du deuxième mariage visent également la rupture de ce lien conjugal. Dans cet ordre d'idées se présente une hypothèse intéressante : des époux vivent séparés dans deux villes différentes, une instance en divorce est en cours. Le mari, par exemple, convole en secondes noces. La femme, ayant eu connaissance du fait, peut-elle poursuivre l'annulation du nouveau mariage ? L'affirmative n'est pas douteuse, elle peut agir en vertu des articles 184 et 188 du Code civil, elle garde son titre d'épouse légitime tant que le jugement de divorce n'est pas prononcé et même si la demande en divorce était dirigée contre elle. En supposant l'annulation obtenue, elle pourra continuer l'instance

en divorce par une demande reconventionnelle ou additionnelle contre son mari pour cause d'adultère ou condamnation afflictive et infamante en Cour d'Assises.

Mais, selon nous, elle ne pourrait plus poursuivre cette annulation, une fois divorcée, parce qu'elle a perdu son titre d'épouse par l'effet de la dissolution de son mariage. Elle ne le pourrait pas davantage en se présentant comme simple intéressée ayant un intérêt moral. L'article 184 a un sens restrictif et ne saurait être étendu. D'ailleurs l'action en nullité imprescriptible reste ouverte pour les intéressés et le ministère public dans les conditions précédemment déterminées.

S'il y avait simple séparation de fait, l'époux trompé aurait le choix entre le divorce pour injure grave et l'annulation du mariage. Dans le cas où il redouterait une reprise possible de la vie commune, il aurait un très grand avantage à l'action en divorce. Cependant, si l'on croyait devoir la lui refuser en présence de l'action en nullité, il trouverait toujours dans la conduite de son époux, s'il ne s'est amendé à son retour, des faits justifiant un divorce. Mais il ne pourrait pas cumuler l'action en divorce et l'action en nullité dans le même procès, les textes appliqués sont différents et les défendeurs aussi : l'action en divorce est intentée en vertu de la loi du 27 juillet 1884 contre le bigame seul ; l'action en nullité l'est en

vertu des articles 184 et 188 du Code civil contre le bigame et son conjoint.

On peut admettre l'innocence du bigame, mais la mauvaise foi du second conjoint : il serait alors loisible à l'épouse abandonnée de se retourner contre ce dernier et de le faire condamner comme complice d'adultère pour avoir entretenu sciemment des relations coupables avec une personne mariée. Sur le fondement de cette condamnation, il pourrait même obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé en vertu de l'article 1382. La Cour de Cassation, par un arrêt du 18 août 1829, a décidé que des dommages-intérêts peuvent être versés au conjoint de bonne foi par le père du bigame qui a négligé de s'assurer de la non-dissolution du précédent mariage de son fils avant de donner son consentement au second. Les mêmes raisons militent en faveur de la même solution dans les deux cas. De plus, dans notre hypothèse ce serait le seul moyen pour la victime d'obtenir réparation du dommage causé, son conjoint de bonne foi échappant à toute poursuite civile ou pénale.

En dernier lieu, on peut supposer que le bigame rend son second conjoint également malheureux. Celui-ci a-t-il l'option entre l'action en nullité et l'action en divorce ? Il paraît difficile de la lui refuser : d'une part, on ne peut l'obliger à persister dans une situation illicite dont il est lui-même l'un des

auteurs ; d'autre part, il ne saurait être empêché de faire valoir les griefs personnels qu'il peut avoir contre le bigame. D'ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, le but poursuivi est le même, et le défendeur reste toujours le bigame.

Dans une affaire curieuse jugée par la Cour de Paris, l'annulation du mariage a été mise en discussion au cours même du procès en divorce. On aboutissait ainsi indirectement au cumul des deux questions. Il s'agissait d'un bigame non encore poursuivi, qui avait intenté contre sa seconde femme une action en divorce pour cause d'adultère ; la défenderesse, dans le but de voir échouer l'action, parvint à faire avouer au demandeur l'existence du premier lien ; celui-ci répliqua en alléguant la dissolution de la première union, mais il ne put la prouver dans les délais impartis.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 2 décembre 1816, décida qu'il y avait lieu de prononcer la nullité dudit mariage. La solution admise a justement été critiquée par Merlin (1). La défenderesse devait rapporter la preuve de l'existence du premier mariage, après quoi, le demandeur pouvait être admis à en démontrer la dissolution. Procéder autrement c'était s'exposer à prononcer un divorce par consentement

1. Rep., 5 éd., t. X, p. 681.

mutuel, surtout en cas de prescription de l'action criminelle.

§ 3. — *Pension alimentaire et dommages-intérêts : peuvent-ils se cumuler ?*

Le parallèle entre l'annulation du mariage et le divorce doit-il être poussé jusque dans ses conséquences pécuniaires ? Autrement dit, le second conjoint de bonne foi peut-il réclamer une pension alimentaire conformément à l'article 301 du Code civil. La question assez délicate a donné lieu à une controverse. Dans une opinion, on dit que ni la femme qui a obtenu le divorce contre son mari, ni le conjoint de bonne foi dont le mariage est annulé, ne peuvent prétendre à une pension alimentaire ; que la pension alimentaire a sa source dans le mariage en vertu de l'article 212 et 214 du Code civil ; que l'époux dont l'union est mise à néant n'est plus époux et ne peut plus prétendre à l'exécution d'une obligation qui repose sur l'existence du mariage (1). A la vérité, le problème était mal posé : les articles 212 et 214 du Code civil ne règlent les rapports des époux que pendant le mariage.

Pour la pension alimentaire allouée à la femme

1. Dijon, 16 juin 1893.

qui a obtenu le divorce contre son mari, la question est résolue par l'article 301 (1). Ce texte est une des conséquences du principe général exprimé dans l'article 1382. L'époux qui a eu les torts, doit indemniser son conjoint du préjudice résultant pour ce dernier : de la rupture du lien conjugal il ne suffit donc pas que la femme soit dans le besoin, il faut que son mari porte la responsabilité du divorce (2).

On doit maintenant se demander si l'article 301 du Code civil peut être étendu en faveur du deuxième conjoint de bonne foi dont le mariage a été annulé. M. Labbé, dans une note sous un arrêt de la Cour d'Alger du 6 mai 1879 (3), a fait un exposé magistral de la question.

Après la prononciation de la nullité du mariage putatif, avaient décidé les magistrats de la Cour d'Alger, le mari doit une pension alimentaire à l'enfant issu de ce mariage jusqu'à la majorité de celui-ci. Mais l'annulation du mariage putatif enlève pour l'avenir à chacun des conjoints son titre d'époux, les avantages attachés à cette qualité et par conséquent tout droit à une pension alimentaire (art. 201 et 202 du Code civil).

Pour résoudre la question dans toute son ampleur, envisageons aussi le cas de l'enfant, qui est très

1. Cass., 12 déc. 1848.

2. Bordeaux, 16 juin 1896. D. 97.2.314, note 2-3.

3. *Journal du Palais*, 1879, p. 1123.

simple ; une pension alimentaire lui est accordée non pas seulement sur le fondement des articles 201 et 202 du Code civil, mais encore sur celui de l'article 762, qui lui permet de réclamer les aliments s'il est adultérin ou incestueux et, à plus forte raison, s'il est naturel ou même légitime. Quant à la mère, M. Labbé s'élève avec raison contre la décision de la Cour d'Alger, qui lui refuse cette même pension alimentaire, sous le prétexte que le mariage, ayant été annulé, ne saurait à l'avenir lui conférer les avantages d'un mariage valable. En réalité, le mariage, ayant été déclaré putatif à son égard, est assimilable à un mariage *valablement contracté et ensuite dissous*, comme dans le cas de divorce. Pourquoi la mère traitée ici comme une femme qui a obtenu le divorce contre son mari, n'obtiendrait-elle pas une pension alimentaire par application de l'article 301 du Code civil ? Ce texte, qui figure au titre du divorce, a été étendu en cas de séparation de corps. Son extension en cas de mariage putatif ferait elle plus de difficulté ? On pourrait objecter que l'octroi d'une pension alimentaire, qui crée des relations suivies entre des époux entre lesquels le lien conjugal est rompu, résulte d'une disposition exceptionnelle pleine d'inconvénients qui ne doit pas être étendue par analogie.

La solution proposée, qui est d'une parfaite équité et qui répare aussi complètement que possible le tort

causé par la dissolution inattendue d'un mariage contracté de bonne foi, justifie l'extension par analogie.

Les magistrats de la Cour d'Alger auraient pu, en vertu de l'article 1382, accorder à la femme une créance de dommages-intérêts périodiques, une sorte de pension alimentaire contre l'époux de mauvaise foi. Lorsque le préjudice se prolonge et se renouvelle pendant un certain temps, les juges ont évidemment la faculté de proportionner la réparation au dommage et de mettre à la charge de son auteur une prestation successive de dommages-intérêts sous forme de pension. Il faut noter qu'en appliquant l'article 1382, les juges ont une entière liberté tandis que l'article 301 est soumis à des conditions d'application déterminées.

M. Labbé montre très bien la relation et la différence qui existe entre les simples dommages-intérêts et la pension alimentaire. Les dommages-intérêts visent la réparation d'un préjudice passager : la loi suppose le mal disparu ou sur le point de disparaître une fois la victime indemnisée. La pension alimentaire, au contraire, remédie à une situation nécessaire qu'on a tout lieu de croire durable ; il est douteux que l'époux dans le besoin et livré à lui-même revienne du jour au lendemain à meilleure fortune.

Le raisonnement que nous faisons a trouvé une consécration dans un jugement du Tribunal de la

Seine (Première Chambre), en date du 24 novembre 1905 (1), qui a accordé à la seconde femme de bonne foi et une pension alimentaire et des dommages-intérêts, ces derniers pour le préjudice matériel et moral incontestable, causé par les agissements délictueux du défendeur. Comme l'a très bien dit M. Jacques Piedelièvre (2), l'obligation qui pèse ici sur le bigame d'allouer des dommages-intérêts au second conjoint de bonne foi, doit être rattachée à l'obligation plus générale aux dommages-intérêts pour nullité du contrat.

Seulement le tribunal fonde la pension alimentaire sur une raison que nous avons condamnée : « Attendu, dit-il, que la demanderesse, en l'espèce, eût été en droit, au cours du mariage, s'il eût été valable, de demander des aliments à son mari... » Voilà les articles 212 et 214 qui apparaissent implicitement dans ce motif.

Mais, avant l'annulation du deuxième mariage et la condamnation cumulative du mari à des dommages-intérêts et à une pension alimentaire, la femme abandonnée sans ressources suffisantes, pourrait en vertu de la théorie sur le mandat tacite se faire autoriser par la justice à obliger les biens du mari pour son entretien personnel et celui des enfants, s'il y en a.

1. *Gazette des tribunaux* du 17 février 1906.

2. *Effets produits par les actes nuls*. Thèse Paris 1911, p. 138.

C'est la solution que la jurisprudence a déjà admise, estimant que le mari, à son départ, a donné son consentement implicite.

§ 4. — *Effets de la coexistence des deux mariages avant l'annulation du second*

Qu'arrive-t-il en cas de non annulation du second mariage et de coexistence des deux unions ? — Si l'époux bigame veut retrouver sa liberté sans intenter l'action en nullité, il doit demander le divorce, comme il paraît toujours valablement uni à son second conjoint ; mais il n'est pas sûr qu'il obtienne ce divorce, si le second époux a été de bonne foi et s'il n'a aucune faute à se reprocher. Cette coexistence des deux mariages produit des conséquences nombreuses à l'égard des époux, à l'égard des enfants et quant aux biens. Pour respecter la division que nous avons adoptée, nous nous bornons à en indiquer deux pour le moment : l'époux de la femme bigame reste tenu du devoir de fidélité conjugale et, si la femme bigame le veut, elle peut le sommer de la recevoir chez lui et de pourvoir à ses besoins.

APPENDICE

Rectification de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux à la suite du jugement d'annulation. — Nom de la femme.

Il ne faut pas oublier que l'annulation du deuxième mariage à son contre-coup sur l'état civil des époux condamnés à se séparer. Le tribunal, en mettant l'union à néant, ordonnera « la transcription de son jugement sur les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été célébré et que la mention en sera faite en marge de l'acte de mariage déclaré nul ». Une mention d'annulation du mariage sera également apposée sur l'acte de naissance des deux conjoints à la suite de la procédure indiquée dans notre étude de la loi de 1897.

Enfin, dernier point relatif aux époux : quel est le nom de la femme ? Plusieurs cas sont à considérer. Et tout d'abord le cas de la femme bigame : son premier mari, le seul devant la loi, peut-il la sommer à reprendre son nom ? Non seulement il en a la faculté, mais il en a le devoir. Le tribunal de la Seine, dans son jugement du 10 mars 1876, accueille en ces termes la demande du Prince de Bauffremont :

«... Fait défense à la princesse de Bauffremont de se qualifier à l'avenir de Princesse de Bibesco. »

Reste le cas de la deuxième femme du bigame. La plupart du temps elle reprendra spontanément son nom. En admettant qu'elle ne le fasse pas, son ex-mari pourrait-il l'y contraindre, trouvant là un moyen d'effacer toute trace de son erreur involontaire ou de son crime ? S'il a été de mauvaise foi, c'est tout au moins douteux et dans l'hypothèse inverse les tribunaux accueillent-ils plus facilement sa demande ?

SECTION II

EFFETS A L'ÉGARD DES ENFANTS

§ 1^{er}. — *Filiation des enfants. — Légitimation des enfants naturels et adultérins* (art. 331 du Code civil modifié par la loi du 30 déc. 1915).

a) *En cas d'annulation du deuxième mariage.* — Si maintenant nous abordons les effets à l'égard des enfants, nous constatons que leur situation est bien différente suivant la bonne ou la mauvaise foi de leurs auteurs et suivant qu'ils sont nés avant ou après l'union bigamique. Lorsque leurs parents ont été de bonne foi, les enfants sont légitimes comme si le

mariage dont ils sont issus était parfaitement valable.

Il n'y a pas à distinguer entre la bonne foi des deux époux et la bonne foi de l'un d'eux : dans ce dernier cas, la loi accorde le bénéfice de putativité au seul époux de bonne foi et aux enfants issus du mariage (art. 202 du Code civil). Mais si les parents ont été de mauvaise foi, les enfants sont adultérins ; il y a ici assimilation avec l'adultère dont la bigamie n'est qu'une aggravation.

Mais les enfants qui ont vu le jour, dans les conditions dont nous parlons, ne sont pas adultérins, quand le précédent mariage du bigame était dissous par la mort du premier conjoint : ils sont naturels (1) et nous ajoutons naturels reconnus, ce qu'il est très facile de démontrer. Cela ne veut naturellement pas dire qu'il existe un acte de reconnaissance en bonne et due forme, mais que les parents sont légalement connus et par l'acte de mariage et par leur possession d'état de gens mariés avant la prononciation du jugement d'annulation, et par l'acte de naissance où figure le nom de chacun d'eux (2), et par le jugement d'annulation lui-même.

Il peut exister une quatrième catégorie d'enfants.

1. Vazeille, t. I, n° 221. — Demolombe, t. III, n° 314. — Zachariæ, t. III, p. 257.

2. Toutefois, la légitimité de l'enfant n'apparaîtra dans l'acte de naissance que si la déclaration de naissance a été faite par le père et a été signée par lui.

On doit supposer que le mariage bigamique a régularisé une précédente liaison entre les époux de mauvaise foi. Ces enfants sont restés naturels reconnus, malgré une reconnaissance, contenue dans l'acte de mariage qui, en raison de la nullité de l'union, n'a pas opéré légitimation et qui, aux termes de l'article 337, ne peut nuire aux intérêts ni du premier conjoint ni des enfants légitimes nés du premier mariage toujours subsistant.

Enfin, on peut encore compter une autre catégorie d'enfants nés dans les mêmes conditions que ceux de la précédente, la seule différence réside dans la bonne foi des époux. Pour prendre un exemple tout actuel, ces enfants peuvent être nés de la femme du mobilisé qui s'est crue veuve et de son amant avant leur mariage.

De tels enfants peuvent-ils être considérés comme étant légitimés par ce mariage qui bénéficie de la putativité. Les textes en présence sont : d'une part, l'article 331 du Code civil, modifié successivement par la loi du 7 novembre 1907 et la loi toute récente du 30 décembre 1915 sur la légitimation des enfants naturels et adultérins (1), et d'autre part les articles 201 et 202. La question a été assez débattue : la

1. *Journ. off.*, du 31 décembre, voir aussi la circulaire du Garde des Sceaux, interprétative de la loi dans l'*Officiel* du 13 janvier.

majorité des auteurs (1) adoptent avec raison l'affirmative : l'article 201 parle des enfants sans distinguer entre ceux qui seraient nés avant ou après la célébration. D'autres, raisonnant sur l'article 202, qui vise seulement les enfants issus du mariage, font valoir la négative.

Ces enfants seraient-ils également légitimés, s'ils étaient nés avant le premier mariage ? Nous penchons sans hésitation pour l'affirmative, en présence de la bonne foi des époux. Au surplus, la loi du 30 décembre 1915 parle des enfants naturels en général : « enfants, nés hors du mariage, autres que ceux nés d'un commerce adultérin », dit-elle. Elle ne fait pas de distinction entre eux. Les mêmes enfants pourraient encore être légitimés par une reconnaissance de leur père et mère ou de l'un d'eux, postérieure au mariage et en vertu d'un jugement rendu en audience publique après enquête et débat en Chambre du conseil. Le jugement devra constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun (al. 2 de l'article 331 nouveau du Code civil).

Le bigame et son second conjoint peuvent-ils également légitimer leurs enfants adultérins à la suite d'une seconde célébration de leur union, deve-

1. Demante, t. I, n° 283 bis, VII. — Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 50, note 12. — Laurent, t. II, n° 509. — Huc, t. II, n° 167.

nue valable par l'effet de la mort du premier conjoint ? Pour nous, la réponse n'est pas douteuse : ils peuvent être légitimés par l'application de l'alinéa 3, 1^o et 3^o de l'article 331 ainsi conçu : « Les enfants adultérins sont légitimés dans les cas suivants, par le mariage subséquent de leur père et mère, lorsque ceux-ci reconnaissent au moment de la célébration du mariage dans les formes déterminées par le premier paragraphe du présent article : 1^o les enfants nés du commerce adultérin de la mère, quand ils sont désavoués par le mari ou ses héritiers... 3^o les enfants nés du commerce adultérin du mari, dans tous les autres cas (1), s'il n'existe pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage, au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. » Les enfants adultérins nés de la femme bigame et de son second époux n'ont pas besoin d'être désavoués, puisque le père proclame sa paternité dans l'acte de naissance. Quant au mari bigame, il ne peut légitimer son enfant adultérin aux termes de la nouvelle loi s'il a eu, par ailleurs, des enfants ou descendants légitimes de la première union ; nous pensons qu'il faut entendre par « descendants » les petits-enfants.

1. C'est-à-dire, les cas autres que ceux prévus aux paragraphes 1^{er} et 2^o : enfant adultérin né pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, au moment où les époux ont une résidence séparée.

Il y a lieu de faire remarquer que ces enfants adultérins nés de l'union bigamique ont des actes de naissance d'enfants légitimes et que la loi impose à leurs parents, pour les légitimer, une reconnaissance au moment de la deuxième célébration qui valide leur mariage.

Par mesure transitoire prévue à son article 6, la loi permet la légitimation des enfants adultérins dont les parents auraient contracté mariage avant sa promulgation, sous la condition d'une reconnaissance intervenue dans le délai de deux ans. En vertu du décret du 10 août 1914, sur le moratorium judiciaire, les bigames qui auront contracté mariage avant la promulgation de la loi, pourront légitimer leurs enfants jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans à dater du jour de la cessation des hostilités.

b) *En cas de non annulation du second mariage.*

--- Revenons maintenant à la situation très curieuse qui résulte de la non-annulation du second mariage et considérons-la au point de vue des enfants. Deux cas vont être successivement étudiés : celui du mari bigame et celui de la femme bigame.

Les enfants que le mari bigame a de sa seconde femme sont réputés enfants légitimes, puisque l'union dont ils sont issus a toutes les apparences de la régularité. Au moment de l'annulation, leur sort sera définitivement réglé : comme nous l'avons déjà dit, ils resteront légitimes si leurs parents ont été de

bonne foi ; au contraire, ils seront adultérins si leurs auteurs ont fait preuve de mauvaise foi.

Lorsque des enfants naissent dans le deuxième ménage de la femme bigame, le premier mari peut se trouver dans une situation très désavantageuse par suite de la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant* : L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (al. 1^{er} de l'article 312 du Code civil). Lorsque les époux sont de mauvaise foi, le deuxième mariage ne diffère guère d'un adultère pur et simple, puisque l'annulation ne laisserait subsister même rétroactivement aucun effet du mariage. Or, les enfants adultérins de la femme sont réputés enfants du mari jusqu'au désaveu. Et il n'est pas sûr que le mari parvienne à les désavouer. On sait combien la loi et la jurisprudence sont rigoureuses à son égard. Souvent les tribunaux le déboutent de sa demande ; il ne leur a pas apporté la preuve invincible que pendant la période légale de la conception, c'est-à-dire pendant la période comprise entre le trois centième et le cent-quatre-vingtième jour avant la naissance, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (al. 2 de l'article 312). Si cependant les juges estimaient qu'ils se trouvent en présence d'un cas de recel de la naissance, le mari serait admis à démontrer sa non-parenté par tous les moyens possibles (art. 313 du Code civil).

Et même il est douteux que le jugement d'annulation quand il interviendra, aura à lui seul le pouvoir de détruire la présomption *pater is est...* à l'égard du premier mari qui n'a pas été mis en cause pendant l'instance. Mais sa situation devient encore plus désavantageuse lorsque le second mari meurt. Restant seul, il est, jusqu'à preuve du contraire à fournir sous les conditions restrictives des articles 312 et 313 du Code civil, l'unique père légalement possible des enfants de sa femme, nés postérieurement à ce décès, que la conception de ces enfants soit l'œuvre du second mari ou d'un tiers.

La solution est la même si le second mariage de la femme bigame est dissous par un divorce.

Et cependant le premier mari est toujours tenu du devoir de fidélité vis-à-vis de son épouse légitime qui a quitté le domicile conjugal. Les enfants qu'il viendrait à avoir d'une autre femme seraient adultérins, il ne pourrait les reconnaître et ne pourrait les légitimer que s'il se trouvait dans l'hypothèse prévue par la loi du 30 décembre 1915 (art. 331, al. 3, 3° du Code civ.).

§ 2. — *Preuve de la filiation par l'acte de naissance des enfants adultérins et naturels reconnus, nés au cours de l'union bigamique.*

Les enfants adultérins et naturels nés au cours de l'union bigamique peuvent faire la preuve de leur

filiation par leur acte de naissance comme des enfants légitimes (art. 319 du Code civ.). Cette solution exceptionnelle se justifie pleinement. Jusqu'au jugement d'annulation, les enfants en question étaient légitimes. En dehors du vice de bigamie, le mariage, dont ils sont issus, était parfaitement valable, il remplissait toutes les conditions de forme et de fond exigées par la loi. Leurs parents ont été tenus au devoir de fidélité. Au moment de leur naissance, la maxime *pater is est...* s'est appliquée à eux sans difficulté et leurs actes de naissance d'enfants légitimes ont été une conséquence des événements passés. Au surplus, ils ont acquis par la suite la possession d'état d'enfants légitimes. S'ils avaient tenté de faire la preuve qu'ils n'étaient pas enfants légitimes, on leur aurait opposé l'article 322 du Code civil aux termes duquel « nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. »

Survient le jugement d'annulation : il a bien pu changer la nature de la filiation qui de légitime qu'elle était, est devenue adultérine ou naturelle ; mais le mariage a existé en fait depuis sa célébration pendant un temps plus ou moins long. « Il est impossible de ne pas tenir compte, à certains égards, disait Demolombe (1), du fait même de cette existence telle

1. *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. I, n° 342, p. 548.

quelle, de cette existence trompeuse et usurpée, si vous voulez, mais enfin de cette existence *réelle et effective* que le mariage a eue avant son annulation, Les faits authentiquement constatés n'ont pu être anéantis et la possession d'état est restée un fait acquis pour le passé (1). La filiation est établie ici à la fois par l'acte de mariage, l'acte de naissance et le jugement d'annulation lui-même. C'est pourquoi les enfants en question doivent être admis à se servir de leur acte de naissance. C'est pourquoi, ces enfants, s'ils sont naturels, doivent être considérés comme reconnus par leurs auteurs et, s'ils sont adultérins, leur filiation, qu'en principe la loi méconnaît, doit être regardée comme légalement établie (2).

En définitive, la conclusion à laquelle nous arri-

1. Voir en ce sens un arrêt très intéressant de la Cour de Cassation de Turin du 25 septembre 1879. S. 81. 4. 7. La question est la même en Italie qu'en France.

2. Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. I, nos 345 et 346. — Aubry et Rau, t. V, 4^e édit., § 459, p. 45, texte et note 5. — Glasson, *Consentement des époux au mariage*, n° 163. — Amiable, *De la paternité du mari*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, 1862, p. 560. — Huc, t. II, n° 159. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 3^e édit., 1908, t. III, nos 1892 et 1893, p. 488. — Beudant, *Cours de droit civil français*, t. I, n° 289. — Hartmann, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables*. Thèse de Nancy, 1889. — J. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 28. — Pèze, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*. Thèse de Lyon, 1897, p. 329 et 339. Thèse de M. Japiot, p. 684, note 1.

vons est en harmonie avec les principes du droit, elle est aussi d'accord avec l'équité : comment veut-on que des enfants puissent prouver leur filiation, si on ne leur permet de faire usage des modes de preuve créés pour eux à cet effet, en temps opportun et conformément à la loi ? C'est à tort que M. Labbé exige dans notre hypothèse de l'enfant naturel la production d'un acte de reconnaissance régulier (1).

§ 3. — *Situation des enfants
vis-à-vis de leurs parents*

Après avoir déterminé les filiations possibles de tous les enfants que l'époux bigame et son second conjoint peuvent avoir avant ou après la célébration de leur mariage, il y a lieu d'examiner quels sont les rapports de ces enfants avec leurs parents. Nous écartons tout de suite l'enfant adultérin : la loi qui en principe l'ignore, n'a organisé pour lui ni puissance paternelle, ni tutelle. Quant à la situation de l'enfant légitime comme conséquence de la bonne foi de ses deux auteurs, elle est en tous points identique à celle de l'enfant légitime ordinaire. A cet égard, on peut signaler une hypothèse assez curieuse : si ces enfants issus du mariage bigamique sont nés

1. Note sous Alger, 26 mai 1879. *Journal*, 1897, p. 1123.

avant les enfants légitimes du premier mariage, tous sont sur le même pied ; une seule différence existe entre eux : ils ont une mère ou un père différent, suivant que le père ou la mère est bigame. Voilà la théorie conçue dans un esprit très libéral. Cependant, en fait les choses se passent tout autrement. Voyez la situation souvent très triste faite à l'enfant né du mariage de la femme du mobilisé ; à sa naissance, il est soigné, choyé. Survient le premier mari qui lui interdit l'entrée du foyer où sa mère est revenue, tandis que son père, surpris dans une situation irrégulière, lui ferme aussi sa porte.

Restent les enfants légitimes à raison de la bonne foi d'un seul des époux et les enfants naturels reconnus. Le sort des premiers présente certaines complications à cause de la situation inégale des parents ; néanmoins, c'est le sort le plus fréquent pour les enfants en cas de bigamie, c'est celui qui leur est réservé dans l'hypothèse du mari bigame. Leur père de mauvaise foi ne peut pas exercer la puissance paternelle sur eux, il n'a ni l'administration ni la jouissance légale de leurs biens. L'époux de bonne foi aura seul le droit de les émanciper (art. 477). A la mort de celui-ci, le conjoint de mauvaise foi pourra cependant l'exercer, quoique la tutelle lui ait été enlevée, parce qu'il s'agit d'un attribut de la puissance paternelle qui peut être donné à un parent

naturel ou exclu de la tutelle (1). L'excuse de la tutelle, relative au nombre des enfants, ne saurait être alléguée par le père de mauvaise foi ; les enfants du second mariage sont naturels à son égard ; et les enfants naturels ne sont pas comptés pour former le nombre exigé par l'article 436. Les mêmes enfants peuvent se dire légitimes vis-à-vis du père de mauvaise foi, tandis qu'ils lui doivent seulement honneur et respect (art. 371) et au moment de leur mariage, ils n'ont pas à obtenir son consentement.

Enfin les enfants naturels reconnus : la situation est très simple, elle est réglée par la loi du 2 juillet 1907 sur la protection et la tutelle des enfants naturels, qui a modifié les articles 383, 384, 389 et 442 du Code civil. Comme ces enfants sont censés avoir été reconnus à la fois par chacun de leurs auteurs en présence de l'acte de mariage et de l'acte de naissance d'enfant légitime, on doit donner la puissance paternelle au père. Il a, en conséquence, la jouissance et l'administration de leurs biens, en qualité de tuteur légal. Il a le droit d'émancipation et de consentement au mariage. A sa mort, les fonctions du conseil de famille sont remplies par le tribunal de son domicile au moment où il a reconnu l'enfant, c'est-à-dire au moment de la naissance de celui-ci. La tutelle sera déférée à l'un des grands-parents ; si ces der-

1. Demolombe, t. VIII, n° 373.

niers sont décédés, le tuteur sera choisi par le tribunal qui remplace le conseil de famille.

APPENDICE

Nom de l'enfant. — Rectification de l'acte de naissance. — Enfin, il nous reste à examiner une dernière question, touchant ces enfants nés du bigame et de son second conjoint, celle de savoir quel est leur nom.

Pour l'enfant, légitime à raison de la bonne foi de ses auteurs ou de l'un d'eux, il n'y a pas de difficulté : il porte le nom de son père comme un enfant légitime ordinaire. Il en sera de même des enfants, également nés au cours de l'union irrégulière mais considérés comme naturels reconnus, ainsi que nous l'avons expliqué : ils ont le droit de continuer à porter le nom de leur père, comme avant l'annulation du mariage lorsqu'ils étaient dans la situation d'enfants légitimes. En effet, ce père reste légalement connu par la preuve permanente de l'acte de mariage et du jugement d'annulation ; et ils sont assimilables à des enfants naturels reconnus simultanément par leurs deux auteurs, en cas de déclaration de naissance faite par le père et signée par lui.

Quant aux enfants qui ont vu le jour avant la célébration du mariage entaché de bigamie et que nous avons déclarés également naturels reconnus, la même

solution ne prévaudra que si leur filiation vis-à-vis du père résulte explicitement de leur acte de naissance ou d'un acte de reconnaissance contemporain. Au contraire, en cas de reconnaissance postérieure, de l'avis de la jurisprudence (1), et, après elle, de la Société d'Études législatives (2), dans les projets élaborés par elle sur la question, les mêmes enfants peuvent demander aux tribunaux de conserver le nom de leur mère. Cependant, s'ils viennent à être légitimés, ils portent obligatoirement le nom du père.

Mais l'hypothèse la plus intéressante est celle de l'enfant qui, après avoir été légitime, est devenu adultérin comme conséquence de la mise à néant de l'union coupable et de la mauvaise foi de ses parents. Maintenant que sa filiation vicieuse est officiellement établie, et cela au mépris des dispositions de l'article 335 du Code civil, pourra-t-il continuer à porter le nom de son père qui figure sur son acte de naissance, — qu'il a donné à sa femme, s'il est marié, — et qu'il a transmis à ses enfants, s'il en a ? — Les membres de la famille de son père, et notamment

1. Amiens, 11 floréal an XII. — Montpellier, 28 janvier 1806, S. 06.2.391. — *Id.*, 11 février 1806. Rép. Merlin, v^o *Filiation*, n^o 3. — Ces arrêts sont rapportés par M. E.-H. Perreau à la page 213 de son ouvrage *le Droit au nom en matière civile*, Paris, 1910.

2. *Rec. Soc. ét. légis.*, 1903, p. 604.

ses frères et sœurs légitimes issus du premier mariage, auront-ils la faculté d'obtenir des tribunaux qu'il change de nom ? La Cour de Douai (1) et la Cour de Bordeaux (2) ont répondu par l'affirmative.

Elles s'accordent pour déclarer qu'en vertu des lois spéciales sur la matière du 6 fructidor an II et du 11 germinal an XI, le nom de famille constitue, pour les membres qui la composent, une véritable propriété ; on ne peut en jouir qu'en vertu de sa filiation et l'État même ne saurait y porter atteinte, sans l'aveu de la famille.

Spécialement le frère du père de l'enfant adultérin, en sa qualité de proche parent, a un intérêt d'honneur et d'affection à empêcher que ledit enfant garde le nom de famille. Et les frères et sœurs légitimes sont recevables en la même demande, même, s'ils avaient antérieurement permis à leur frère adultérin de porter le nom ; leur intérêt à agir réside dans la similitude du nom, qui les expose à être pris pour l'enfant adultérin lui-même et qui a l'inconvénient grave de créer un lien entre la famille légitime et la famille adultérine devant, en principe, être ignorée.

Cette suppression de nom, prononcée en justice, a pour effet direct d'entraîner la rectification de tous

1. Douai, 26 déc. 1835, Rép. Dalloz, v^o *Nom*, n^o 15 et la note.

2. Bordeaux, 4 juin 1861. Rép. Dalloz supplément. V^o *Paternité* n^o 316 et la note.

les actes de l'état civil où l'enfant adultérin, sa femme, s'il est marié, et ses propres enfants, s'il en a, ont pris le nom de son père. En conséquence, transcription et mention du jugement ou de l'arrêt qui a décidé ladite suppression devront être faites sur les registres publics et en marge de tous les actes de l'état civil en question.

De tels procès ne se produiront plus, si les enfants adultérins sont nés de l'union de la femme bigame avec son second mari, puisqu'ils ne portent pas le même nom que les enfants issus du premier mariage de cette femme et que, dès lors, tout intérêt à agir disparaît.

SECTION III

EFFETS QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX

§ 1^{er}. — *Liquidation du régime matrimonial*

1^o *Règles générales. — Régime sans communauté. — Régime de séparation de biens. — Régime dotal.* — Le jugement d'annulation a encore des effets très importants quant aux biens des époux. Il entraîne la liquidation immédiate de leur régime matrimonial ; il rend inapplicable l'article 767 du Code civil qui donnait au conjoint survivant un droit éventuel dans

la succession de l'autre conjoint, mais en principe il laisse subsister les droits de succession entre les époux et leurs enfants et réciproquement. Il fait tomber certaines libéralités au détriment de l'époux de mauvaise foi. Enfin le jugement d'annulation modifie les relations des conjoints avec les tiers.

Ici encore la bonne ou la mauvaise foi dicte la façon dont doit se faire la liquidation du régime matrimonial. Lorsque les conjoints ont été de bonne foi et qu'ils ont fait un contrat de mariage, ce contrat reçoit sa pleine et entière exécution : c'est là un des effets civils dont parle implicitement l'article 201 du Code civil. Au contraire, s'il y a eu mauvaise foi de la part des deux époux ou même d'un seul, les conventions matrimoniales tombent : cependant l'époux de bonne foi peut, s'il le demande, leur rendre toute leur efficacité (1). En l'absence de contrat de mariage, et en cas de bonne foi, on applique les règles sur la communauté légale, comme s'il y avait seulement rupture prématurée du lien conjugal. Dans le cas contraire, les règles sur les sociétés de fait sont substituées aux règles sur la communauté, comme si les époux avaient vécu ensemble sans être mariés : la Cour de Paris a adopté cette solution dans un arrêt du 10 février 1892 (2).

1. Voir en ce sens Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 647, 3°.

2. D. 92. 2. 493.

Sous le régime dotal, sans communauté ou de séparation de biens, il n'y a pas de difficulté, les fortunes des époux ayant toujours été distinctes. S'il y a adjonction d'une communauté d'acquêts, une liquidation doit intervenir pour les acquêts réalisés. Sous le régime dotal, la restitution de la dot par le mari coupable à la femme trompée n'apparaît pas seulement comme une conséquence des règles particulières à ce régime, mais comme une sanction : le mari restitue ce qu'il avait indûment reçu. Par contre l'inaliénabilité, c'est-à-dire l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité des biens dotaux. (Mais elle devrait être maintenue au profit de la femme de bonne foi).

2° *Régime de communauté légale.* — Mais nous entrons dans des difficultés parfois inextricables avec le régime de communauté légale, adopté implicitement ou explicitement à la suite d'un contrat de mariage par les époux condamnés à se séparer. Le plus grand danger que fasse courir ce régime, c'est la confusion des intérêts, actifs et passifs, du bigame et de ses deux conjoints. Ce cas se produit lorsque le mari est bigame et que la fortune du premier ménage était aussi soumise au même régime. Le mari, en qualité d'administrateur de la première communauté, était détenteur de tous les biens mobiliers de sa première femme et a pu les faire tomber dans la seconde communauté, à moins d'une clause de communauté réduite aux acquêts ou d'exclusion de

certaines meubles de sa première femme, de la communauté, insérée au contrat de mariage. Il faut aussi tenir compte des biens acquis pendant la première communauté et qui sont peut-être passés dans la seconde communauté. De plus, le mari a gardé la jouissance des biens personnels de la première femme. Par contre, du côté passif, il aura été tenté de faire peser sur la première communauté des dettes communes contractées pendant le deuxième mariage.

Cette hypothèse de deux communautés successives, en cas d'annulation de la seconde union pour cause de bigamie, avait déjà attiré l'attention de nos anciens jurisconsultes. « Le parti le plus raisonnable à prendre, disait Denizart (1) semblait être de considérer les acquisitions faites pendant la durée de la cohabitation avec chaque femme, comme le résultat d'une société telle qu'elle aurait pu exister entre deux personnes étrangères, non pas selon les règles de la communauté légale coutumière, mais selon les règles de société ». Et il citait à l'appui de son opinion un ancien arrêt rapporté par Charondas (2). Voici l'espèce : un homme avait épousé deux femmes pendant la vie d'une première ; des enfants étaient nés des trois unions. L'arrêt accordait aux enfants du

1. *Nouveau Denizart*, V° *bonne foi*, n° 3, t. III, p. 614.

2. *Réponses*, t. VIII, rép. VII ; — voir dans le même sens, Vazeille, t. I, n° 285 et Duranton, t. II, n° 373.

premier lit, comme héritiers de la mère, la moitié de tous les biens que comprenait la communauté au moment du second mariage et à chacune des femmes la moitié des meubles et conquêts faits pendant leur cohabitation; les enfants recevaient, en outre, à titre de succession, la part du mari dans chacune des communautés. Dans ce système, les divers mariages étaient regardés comme autant de sociétés successives, chacune prenant fin à l'instant où commençait la suivante. D'après Denizart, au même passage de son ouvrage, cette doctrine aurait été généralement suivie dans l'ancien droit. Mais elle est rejetée par la plupart des auteurs, parce qu'elle lèse les droits de la première femme.

Marcadé, sur l'article 202 du Code civil, voulait que la première femme eût toujours la moitié du patrimoine commun, diminuée de la mise de la seconde femme.

« Il faut liquider, dit par ailleurs Demolombe (1), successivement et séparément chacune de ces communautés en commençant par la plus ancienne. On en déduirait les mises provenant du chef de l'autre conjoint de bonne foi, et le partage aurait lieu comme si aucune communauté ne s'était formée en concurrence avec elle. Puis on en viendrait à la seconde communauté, et alors l'époux de bonne foi serait

1. T. III, n° 337.

fondé à prétendre que la part, attribuée au premier conjoint sur la communauté dissoute, a diminué d'autant à son préjudice la communauté à laquelle il avait droit, et il exercerait sur les biens personnels de son conjoint une récompense égale à ce préjudice. »

Les idées de Marcadé et de Demolombe ont été accueillies et mises en pratique par la Cour de Bordeaux dans un arrêt du 18 mai 1852 (1). Il faut noter que, dans l'espèce jugée, le mari avait acquis une fortune assez considérable au cours de la seconde union et avait institué sa seconde femme légataire universelle par testament olographe. Suivant la décision de la Cour de Bordeaux, les biens acquis depuis le premier mariage jusqu'au second devaient se partager également entre le mari bigame et la première femme. Et tous les biens acquis par la suite devaient être attribués aussi également entre la première femme et la seconde épouse de bonne foi.

De plus, l'arrêt établissait les règles à suivre pour déterminer les parts des conjoints d'un bigame dans les deux communautés successives : malgré le second mariage, la première épouse doit recueillir la moitié de la fortune conjugale acquise jusqu'au jour de la dissolution légale de son union. La seconde épouse de bonne foi ne vient pas au partage comme asso-

1. Affaire Martinez-Arguelles, S. 52. 2. 509.

ciée de fait, mais comme femme commune avec tous les droits que comporte cette qualité : droit d'accepter ou de renoncer, de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument. La part qui lui aurait été dévolue, en l'absence d'une première union, a été attribuée à la première épouse, et elle éprouve de ce chef un préjudice égal à la moitié de la communauté. Elle prendra pour se désintéresser la part du bigame qui est justement égale à la moitié des biens partagés. Un premier jugement du Tribunal de Périgueux, en date du 11 juillet 1851, qui avait suscité l'appel devant la Cour de Bordeaux, avait adopté, lui, l'opinion de Charondas.

Un troisième système a été proposé par MM. Aubry et Rau (1), Ces auteurs accordent à la première femme la moitié de la communauté telle qu'elle existe au jour du décès du mari, sous déduction des reprises de la seconde femme et d'une part proportionnelle aux apports de celle-ci dans les acquêts faits depuis cette époque. Ce mode de liquidation pour les droits de la première femme ressemble à celui que préconisait Marcadé ; mais il en diffère quant aux règlements des droits de la seconde. Marcadé donnait à la seconde femme la moitié de la communauté, dans l'état où elle se trouve au jour de l'annulation ou de la dissolution du mariage,

1. T. IV, p. 49 et note 23.

sans aucune déduction préalable qui serait nécessaire par les apports de la première femme. Ce procédé n'est pas équitable puisqu'on ne tient pas compte des valeurs appartenant à la première femme et dont le mari est détenteur au moment du second mariage en qualité de chef de la communauté. Le mari n'est plus, comme dans l'ancien droit coutumier, seigneur et maître de la fortune conjugale, il en est seulement l'administrateur. Il est donc comptable des valeurs appartenant à sa première femme, représentant un passif qui lui est personnel et qui diminue d'autant son apport réel dans le second mariage. Le chiffre exact de cet apport ne sera connu qu'après cette déduction qui permet de sauvegarder les droits de la première épouse.

Il est à remarquer que, dans ce système de MM. Aubry et Rau, la première femme vient avant la seconde pour l'exercice de ses droits sur la communauté. Supposons, par exemple, que la première femme ait stipulé dans son contrat de mariage que tous les biens communs lui appartiendraient en cas de survie, la seconde femme viendrait seulement comme associée pour reprendre son apport et la quotité des économies réalisées qui y correspond. D'autre part, dans ce système, il n'est pas question d'une action en dommages-intérêts à la disposition des conjoints du bigame de mauvaise foi.

Selon nous, les deux femmes ont des droits iden-

tiques : l'une fait valoir sa qualité d'épouse légitime, l'autre invoque sa bonne foi ; leurs droits sont égaux, le partage doit être égal, mais sous la condition expresse de ne pas enrichir l'un des conjoints avec les apports de l'autre. Après ce partage, les deux femmes pourront se retourner contre les héritiers du mari, soit en réclamant l'exécution de clauses avantageuses insérées dans leur contrat de mariage, soit en intentant l'action en dommages-intérêts. Il ne faut pas non plus attribuer à la première femme la moitié de toute la communauté dissoute à la mort de l'époux, parce qu'on ne fait entrer en ligne de compte le travail et les économies réalisées par la seconde femme : ainsi on lui cause un tort d'autant plus injuste qu'elle ignorait la situation irrégulière de son conjoint.

Il y a lieu aussi de tenir compte de l'hypothèque légale. Chaque femme a cette hypothèque non seulement pour la reprise de la valeur des propres aliénés, mais aussi pour la garantie des dommages-intérêts que l'une ou l'autre peut obtenir, et cela en vertu de l'article 2121 du Code civil. Ainsi, la Cour de Paris, dans un arrêt du 5 janvier 1905 (1) a décidé que la pension alimentaire allouée à la seconde épouse de bonne foi est garantie par l'hypothèque légale et que cette hypothèque prend rang à la date

1. D. 1907.2.273 et la note de M. Wahl.

du mariage, ladite pension alimentaire étant une obligation du mari à l'occasion de ce mariage (art. 2135).

La première femme passera avant la seconde, son hypothèque est la première en date. Bien entendu, cet avantage n'apparaîtra que s'il existe des immeubles dans les biens de communauté ou du mari. Si aucun immeuble ne figure parmi les biens communs, les femmes viennent comme créancières ; et, en conséquence, partagent au marc le franc.

Ce qui est dit pour la garantie des reprises, s'applique également aux indemnités basées sur tous autres motifs (1).

Lorsqu'au contraire c'est la femme qui est bigame et qu'elle a été placée, quant à ses biens, sous le régime de communauté légale au cours de ses deux mariages, les mêmes difficultés ne se produisent plus pour la liquidation équitable des droits de chacun au moment de l'annulation de la seconde union. La femme n'a pas sous ce régime la disposition de sa fortune, une confusion de ses biens mobiliers avec ceux de son second mari dans la seconde communauté n'est donc pas à craindre. De plus, ses dettes figurent dans la première ou la seconde communauté, suivant qu'elles ont pris naissance au cours

1. Voir l'article de M. Coin-Delisle, dans *la Revue critique* de 1854, t. V, p. 214.

de la première ou de la seconde union : leur répartition est ainsi tout à fait équitable.

Lorsque les époux ont été de mauvaise foi, l'abolition de leur régime matrimonial s'en est suivie : ils sont considérés comme n'ayant jamais été soumis à aucun régime juridique spécial au cours de l'union annulée même dans le passé ; par conséquent, ils ont pu passer des contrats entre eux comme de simples particuliers. Ainsi il leur a été loisible de régler comme ils l'entendaient la liquidation éventuelle de leurs droits (1). Si une vente est intervenue entre eux, elle est valable, bien que de droit commun la vente soit prohibée entre époux (art. 1595). Si le mari a aliéné sous le régime dotal l'un des immeubles de sa femme, cette aliénation est régulière, puisque l'inaliénabilité dotale n'a jamais protégé la femme de mauvaise foi.

§ 2. — *Inapplicabilité de l'article 767 du Code civil. — Droit de succession réciproque entre les époux et leurs enfants.*

Les époux dont le mariage a été annulé même avec le bénéfice de la putativité, ont perdu le droit éventuel de succéder l'un à l'autre, établi par l'article 767 du Code civil. C'est l'opinion enseignée par

1. Paris, 10 février 1892, précité, D. 92.2.493.

la plupart des auteurs (1). Elle est facile à justifier : le mariage annulé est assimilable au mariage dissous par le divorce ; les époux ont donc perdu la qualité d'époux et celui qui survit à l'autre ne peut plus se dire conjoint survivant, pour employer l'expression de la loi du 9 mars 1891. Mais si le mariage n'était pas encore annulé à la mort du *de cujus* l'époux garderait la capacité pour succéder. Au cas où l'annulation du deuxième mariage interviendrait à un moment où le conjoint survivant serait déjà mis en possession des biens, il aurait fait siens les fruits qu'il a perçus comme un possesseur de bonne foi et ne pourrait être obligé à restitution ; et, s'il avait déjà reçu sa part dans la succession après le partage définitif, il ne saurait être forcé à la rendre (2).

Mais les époux gardent le droit d'hériter de leurs enfants, s'ils sont de bonne foi, et réciproquement. Cette solution n'est pas contradictoire avec la précédente, parce que la qualité d'enfant est perpétuelle et ne se perd pas avec l'annulation du mariage des parents. Le conjoint de mauvaise foi ne peut venir à la succession de ses enfants : c'est là une des

1. Demolombe, t. XIV, n° 172. — Aubry et Rau, t. VII, § 460. — Le Sellyer, *Commentaire historique et pratique sur le titre de succession*, t. I, n° 466. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. V, n° 122. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des Successions*, t. I, n° 805. Voir cependant en sens contraire : Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n° 511 et t. IX, n° 157.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

conséquences de sa faute ; par contre, la réciproque n'est pas vraie : le mariage putatif du chef de la bonne foi d'un des époux, a décidé la Cour de Cassation, dans un arrêt du 5 janvier 1910 (1), confère aux enfants qui en sont nés le droit de succéder comme enfants légitimes, même au conjoint de mauvaise foi.

L'époux de bonne foi a le droit de retour de l'ascendant donateur par application de l'article 747 du Code civil : si l'enfant auquel il a donné un bien meurt avant lui, il pourra reprendre le bien dans la succession du prémourant. Le père de mauvaise foi sera écarté même par son propre ascendant ou un collatéral. Quant aux enfants, ils viendront en concours avec les enfants du premier lit et prendront chacun une part virile dans la succession de l'auteur commun, à condition que ce dernier soit un parent légitime pour tous. Mais s'ils sont adultérins, ils sont écartés par leurs frères et sœurs légitimes et ne peuvent prétendre qu'à des aliments aux termes de l'article 762. Remarquons en passant que, si la loi a écrit cet article 762, c'est qu'elle a pensé que dans certains cas — et ces cas se produisent (2) — la filiation adultérine pourra être légalement établie. Enfin, si les enfants sont naturels reconnus, on se trouve

1. D. 1911.1.338.

2. Voir une énumération de ces cas dans Planiol, t. I, n° 1541.

en présence de l'hypothèse d'enfants naturels venant en concours avec des enfants légitimes (art. 758 modifié par la loi du 25 mars 1896). Ils ont de plein droit la saisine des biens du défunt, si celui-ci a été de bonne foi. Dans le cas où cette saisine aurait pris un caractère définitif par prescription du droit d'accepter, par condamnation passée en force de chose jugée, par acte d'héritier ou par recel des biens, ils ne pourraient échapper aux conséquences légales qui frapperaient des héritiers légitimes ordinaires.

§ 3. — *Le sort des donations*

Au début de cette section, nous avons dit que l'époux de mauvaise foi voyait tomber certaines libéralités faites à son profit. Nous allons déterminer maintenant quelles sont ces libéralités.

Et tout d'abord les donations faites dans le contrat de mariage par des tiers à l'un ou à l'autre des époux. Si le gratifié est le conjoint de bonne foi, la libéralité subsiste, puisque à son égard le mariage est réputé valable. Au contraire, si le donataire est le bigame, la donation est-elle révoquée, parce que la condition *si nuptiæ sequuntur* a fait défaut ? On peut soutenir, en faveur du maintien de la libéralité, que celle-ci s'adresse aussi bien à la famille du gratifié qu'au donataire seul.

L'intention bienfaisante à l'égard de la famille est encore plus évidente lorsqu'il s'agit d'une donation de biens à venir ou de biens présents et à venir, destinée à être recueillie par les enfants légitimes à la mort du donateur. Il y a ici une substitution vulgaire au profit des descendants.

Mais que dire de la donation de biens présents ? Si cette libéralité est maintenue, le donataire bigame en profitera ; si, au contraire, elle est considérée comme caduque, les enfants seront lésés. Le problème consiste à rechercher quelle est l'intention du donateur. Si la libéralité est faite en termes impliquant l'*intuitus personæ*, elle doit tomber ; si non, elle doit être maintenue. En cas de contestation, les tribunaux seront souverains appréciateurs de cette pure question de fait.

Il y a lieu d'envisager le cas inverse de la donation faite par l'un des époux à un tiers avant ou même pendant le mariage. Une telle libéralité est-elle révocable pour cause de survenance d'enfant par application de l'article 952 du Code civil ? Si le conjoint donateur a été de bonne foi, la donation devient révocable aux termes dudit article. Si l'époux donateur a été de mauvaise foi, il est plus embarrassant de prendre parti : celui qui a gratifié ne peut invoquer son union bigamique pour dépouiller un tiers ; et, d'autre part, le bien donné ne rentrant pas dans son patrimoine, l'enfant qui lui est

né sera lésé. La révocation de la donation, dans l'esprit de la loi, consiste dans une faveur accordée aux descendants du donateur.

Finalement quelle solution adopter ? Selon M. Delvincourt (1), le donateur de mauvaise foi ne pourrait pas poursuivre la révocation de sa libéralité ; ses enfants, au contraire, seraient recevables en leur action. Suivant M. Duranton (2), le droit des enfants ne pourrait s'exercer qu'à la mort de leur auteur. En effet, l'attribution des biens aux enfants est difficilement conciliable avec ce principe que la révocation fait rentrer les biens donnés dans le patrimoine du donateur et que c'est seulement à titre d'héritiers de celui-ci que les enfants peuvent les recueillir. Or ils peuvent mourir avant leur père, renoncer à sa succession ou être déchus pour indignité. Ce système est plus équitable que le précédent ; tous deux ont l'avantage d'écarter la revendication du donateur bigame, mais ils donnent une situation trop favorable à l'enfant. En effet, si celui-ci fût issu d'une union régulière, il aurait vu le bien donné faire retour à son auteur lequel, comme propriétaire, en aurait disposé à son gré ; au lieu de cela, il voit frapper le bien d'indisponibilité en sa faveur, il s'en voit garantir la propriété future.

1. *Cours de Code civil*, II, tit. IV, p. 77.

2. *Cours de Droit français*, t. VIII, n° 980.

L'opinion de Pothier nous semble préférable : la révocation de la donation faite par le bigame à un tiers pour cause de survenance d'enfant ne peut avoir lieu.

« L'enfant né d'un mariage nul, contracté par des parties dont l'une était de bonne foi, dit Pothier (1), ne donne pas lieu à la révocation de la donation faite par celle qui n'était pas de bonne foi, quoiqu'il ait dans la succession les droits des enfants légitimes, et que cette donation soit sujette au retranchement de sa légitime lorsqu'elle l'a entamée. La raison de différence que l'action en retranchement de légitime est un droit de l'enfant, lequel, ayant tous les droits des enfants légitimes, doit avoir celui-ci ; mais le droit de révoquer la donation pour cause de survenance d'enfants, est un droit accordé au donateur qu'il n'a pu acquérir en contractant sciemment une union illégitime dont l'enfant est né. »

§ 4. — *Relations des tiers avec les époux*

Nous en venons, en dernier lieu, à l'influence du jugement d'annulation sur les relations avec les tiers.

Seul, l'époux de bonne foi peut se prévaloir des

1. Coutume d'Orléans, vol. I, p. 721, n° 106, *in fine*, Paris, 1726.

effets de son mariage contre les tiers. Suivant le droit commun, l'hypothèque légale perd son rang si une inscription n'a été prise dans l'année, à compter de la date du jugement (art. 8 de la loi du 23 mars 1855).

Il faut cependant remarquer que cet article parle seulement de la veuve ; mais il n'y a pas de raison sérieuse pour ne pas étendre ce texte à l'épouse de bonne foi du bigame. Les articles 201 et 202 l'assimilent à une femme légitime. Elle pourra demander l'exécution des actes qu'elle aurait consentis sans l'autorisation maritale ou de justice. Si elle est dotale, elle conserve la garantie de l'inaliénabilité, c'est-à-dire de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité de ses immeubles dotaux.

En revanche, les tiers peuvent invoquer contre elle la légitimité de son mariage : si, par exemple, le mari est commerçant failli, elle est astreinte, pour l'exercice de ses reprises, aux règles exceptionnelles du Code de commerce, et, notamment, à l'application de l'article 559 qui établit la présomption légale de paiement, avec les deniers du mari, des biens acquis par la femme.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans cette thèse, nous avons tenu à présenter l'ensemble des questions soulevées par le crime de bigamie.

Ces questions sont nombreuses, elles ont un caractère varié : tantôt pénal, tantôt civil, tantôt à la fois civil et pénal. — L'exception préjudicielle, née du chef de la nullité de l'un ou de l'autre mariage, dont le jugement décide du sort de l'accusation et à laquelle nous avons donné le plus large développement, est affectée de ce caractère mixte. Mais c'est avec des tendances nettement civilistes que nous avons traité notre sujet ; il nous a paru intéressant de faire ressortir l'importance des points de droit civil dans l'étude d'une infraction. Il n'existe pas de cloison étanche entre les différentes branches du Droit, nées d'une source commune : et, sur la même matière, la nôtre en particulier, l'activité du civiliste comme celle du criminaliste trouve à l'employer.

La bigamie a, tout à coup, repris, à la faveur des événements, un renouveau d'actualité. Le nombre des bigames s'est accru dans des proportions considérables. Et cependant les textes sur la matière, tant au point de vue civil que pénal, ne constituent pas un remède approprié à une situation vraiment fâcheuse, soit en raison de leur état, soit surtout en raison de la façon dont ils sont appliqués.

Après avoir comparé les différentes formes du mariage et avoir montré la supériorité de la monogamie sur les autres, nous avons fait un examen assez approfondi de la loi du 17 août 1897. Excellente dans son principe, la loi a donné des résultats pour ainsi dire insignifiants ; et c'est pourquoi nous avons parlé d'un moyen radical pour éviter la bigamie : de l'établissement d'un casier civil.

Pour ce qui regarde la répression pénale, en présence du nombre croissant des acquittements et la modération progressive des peines prononcées, deux réformes encore très discutées nous paraissent désirables : la correctionnalisation de la peine et la substitution des magistrats de carrière au jury.

Enfin nous avons vu à quelles complications, à quel sort souvent pénible pour les enfants aboutissent ces unions bigamiques en droit civil. Certes, il ne faut pas en rendre le législateur responsable : il n'avait pas à montrer plus de bienveillance vis-à-vis d'une situation qu'il avait lui-même prohibée à raison de son caractère illicite dans nos pays civilisés.

Vu : le Président de la thèse,

ALBERT WAHL

Vu : le Doyen

F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris

L. LIARD

IMP. JOUVE ET C^{ie}, 15, RUE RACINE, PARIS — 3267-17
